

**MARIANE ROVARIS**

**O DISCURSO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA  
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO JULGAMENTO DO  
*HABEAS CORPUS* nº 126.292/SP**

Brasília  
2017

**MARIANE ROVARIS**

**O DISCURSO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA  
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO JULGAMENTO DO  
*HABEAS CORPUS* nº 126.292/SP**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Professor Edson Ferreira.

Brasília  
2017

**MARIANE ROVARIS**

**O DISCURSO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA  
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO JULGAMENTO DO  
*HABEAS CORPUS* nº 126.292/SP**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Professor Edson Ferreira.

Brasília, de 2017.

**Banca Examinadora**

---

**Edson Ferreira  
Orientador**

---

**Examinador (a)**

---

**Examinador (a)**

*Todas as punições de súditos inocentes, sejam elas grandes ou pequenas, são contrárias a lei da natureza, pois a punição se dá só pela transgressão da lei, e por isso não pode existir pena para um inocente, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado. (Thomas Hobbes, O Leviatã).*

*Nós não temos a última palavra por sermos infalíveis; somos infalíveis por termos a última palavra. (Robert Jackson, Juiz da Suprema Corte norte-americana de 1941 a 1954).*

## RESUMO

O direito move-se no tempo em função de interpretações e a jurisprudência não raras vezes altera-se significativamente em casos referenciais como ocorreu recentemente com decisão no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.192/SP, o qual foi objeto de pauta no Plenário do Supremo Tribunal Federal no dia 17 de fevereiro de 2016, e que, em decisão majoritária, modificou a jurisprudência da Corte no que se refere a possibilidade de execução antecipada da pena. A presente monografia está direcionada para analisar a nova jurisprudência firmada naquela mesma data mediante comparação argumentativa das posições favoráveis e contrárias à modificação do entendimento da Corte Constitucional a partir dos conceitos do Estado democrático de Direito e do princípio da presunção de inocência, rememorando brevemente a consolidação da jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre a execução provisória da pena. Na referida análise, foram conjugados elementos apresentados nos autos do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG – que trata da consolidação da anterior jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema – para fins de reflexão quanto ao alcance e consequências que a nova interpretação proporciona no âmbito jurídico apresentada nas considerações finais. O tratamento detalhado do posicionamento dos membros da Corte nos argumentos sustentados para revisão da jurisprudência permite evidenciar um exemplo incontestado do processo de construção da mutação constitucional em temas de alta relevância, o que se revelou preocupante ante a literalidade de uma norma constituinte originária (art. 5º, inciso LVII, da CF/88) em um contexto de Estado democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal. Direito Penal. Direito Constitucional. Execução Provisória da Pena. Presunção de inocência. Presunção de não culpabilidade. Recurso Especial. Recurso Extraordinário. Estado de Direito.

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>   | <b>6</b>  |
| <b>1 O ESTADO DE DIREITO E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....</b>   | <b>8</b>  |
| 1.1 Entendimentos jurisprudenciais sobre a execução provisória da pena no Brasil .....  | 12        |
| 1.2 O Habeas Corpus nº 126.292/SP no Supremo Tribunal Federal .....   | 19        |
| <b>2 FUNDAMENTAÇÃO APRESENTADA A FAVOR DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO JULGAMENTO DO <i>HABEAS CORPUS</i> nº 126.292/SP.....</b>          | <b>21</b> |
| 2.1 A preponderância de princípios constitucionais .....  | 21        |
| 2.2 A mutação constitucional .....  | 23        |
| 2.3 O exaurimento da presunção de inocência em sede de segunda instância .....  | 25        |
| 2.4 Direito comparado: o cenário internacional .....  | 29        |
| 2.5 O efeito unicamente devolutivo dos recursos extraordinários.....  | 30        |
| 2.6 O papel inibitório do direito penal e a sensação de impunidade .....  | 31        |
| <b>3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA FUNDAMENTAÇÃO QUE AUTORIZA A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NOS AUTOS DO <i>Habeas Corpus</i> nº 126.292/SP..</b> | <b>33</b> |
| 3.1 A literalidade do texto constitucional não admite juízo de ponderação com outros princípios constitucionais .....                       | 33        |
| 3.2 A mutação constitucional no Supremo Tribunal Federal .....  | 36        |
| 3.3 Os efeitos dos recursos extraordinários .....   | 39        |
| 3.4 A razão histórica do princípio expresso da presunção da inocência na Constituição de 1988 .....   | 43        |
| 3.5 A irreversibilidade da execução provisória da pena de liberdade .....   | 49        |
| 3.6 A não inversão da presunção de inocência em presunção de culpa e a incompatibilidade da execução provisória no Estado de Direito .....  | 52        |
| <b>CONCLUSÃO.....</b>   | <b>55</b> |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>  | <b>60</b> |

## INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG<sup>1</sup>, de Relatoria do Ministro Eros Grau, havia consolidado jurisprudência no sentido de ser inconstitucional a execução provisória da pena advindo confirmação da sentença em segunda instância, ou seja, ainda que pendente de recursos especial e/ou extraordinário.

Naquela ocasião, o entendimento era de que a prisão do condenado anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória somente poderia realizar-se em caráter cautelar (flagrante, preventiva ou temporária), respeitados os requisitos taxativos previstos na legislação infraconstitucional em consonância ao texto expresso do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988<sup>2</sup>, o qual consagra o princípio da presunção de inocência.

Em 17 de fevereiro de 2016, o Relator do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP<sup>3</sup>, Ministro Teori Zavascki, decidiu levar os autos a Plenário para fins de revisão da jurisprudência da Corte acerca da matéria execução provisória da pena, eis que impetração deste mesmo *Habeas Corpus* decorreu em virtude da prisão do paciente haver sido em caráter de execução antecipada.

Submetidos os autos a Plenário, o Relator votou pelo seu indeferimento, sugerindo a retomada da jurisprudência da Corte anterior a 2009 e permitindo a imediata execução provisória da pena, após confirmação de condenação no recurso de apelação. Os Ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Luiz Fux, Dias Toffoli, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes acompanharam o mesmo entendimento. Já a Ministra Rosa Weber e os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, este último presidente da Corte à época, votaram pela manutenção da jurisprudência que prezava pela exigência do trânsito em julgado para dar início ao cumprimento de pena. A ordem foi denegada por sete votos a quatro, modificando a jurisprudência conforme sugerido inicialmente pelo Relator.

A recente decisão causou bastante repercussão tanto na sociedade como no âmbito jurídico, dado o momento histórico em que o país está atravessando, em que membros do

---

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Eros Grau. Brasília, 5 de fev. de 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em 26 maio 2016.

<sup>2</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 29 maio 2016.

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 29 maio 2016.

poder legislativo, representantes do povo brasileiro, respondem a inquéritos policiais por supostos desvios de recursos públicos em benefício próprio, contrariando as finalidades sociais as quais tais recursos se propõem. Na opinião dos votos dos Ministros vencedores tem-se, por um lado, a sociedade insatisfeita com a impunidade e clamando por justiça, e, por outro, a preservação de um princípio constitucional da presunção da inocência, que, embora taxativo, não pode se sobrepor aos demais princípios da Constituição.

Diante da temática exposta, o objetivo da presente monografia é segregar e expor os principais argumentos que foram utilizados pelos votos vencedores no referido Acórdão, de maneira a compreender quais foram os motivos apresentados pelos Ministros para a revisão da jurisprudência que, na prática, significa uma radical mudança de paradigmas.

O trabalho está dividido em três capítulos, em um primeiro momento, procurou-se trazer os conceitos do Estado de Direito e da presunção de inocência, expondo em seguida como estes conceitos foram se consolidando na jurisprudência dos Tribunais Superiores. No segundo capítulo, foram estruturados em tópicos para maior elucidação os principais argumentos utilizados pelos Ministros a favor da execução provisória da pena e que ensejaram a mudança da jurisprudência, em caráter expositivo. No capítulo terceiro, também estruturado em tópicos, foram selecionados os argumentos centrais presentes nos votos vencidos, em conjectura com alguns pontos principais da anterior jurisprudência da Casa, bem como alguns conceitos doutrinários que o entendimento do tema requer, para posteriormente realizar-se uma reflexão teórica em consenso aos argumentos dos votos vencidos nas considerações finais.

O principal método utilizado foi a análise do discurso. Em linhas gerais, a análise do discurso é um método que rejeita a linguagem como meio neutro de reflexão ou descrição do mundo, e uma "convicção central do discurso na construção da vida social".<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> BAUER, Martin W., GASKELL, George. *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som – um manual prático*. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 244.



## 1 O ESTADO DE DIREITO E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A domesticação do domínio político nos Estados pelo direito pressupõe a identificação de conceitos como o *Rechtsstatt*, *Rule of Law* e *État légal* e, em que pese todos eles alicerçarem a juridicidade estatal, são fundamentais para a compreensão do que se entende por um Estado de Direito.<sup>5</sup>

O termo *Rechtsstatt*, ou seja, Estado de Direito, nasce com o movimento constitucionalista alemão, caracterizado essencialmente por um Estado de Razão ou Estado Liberal de Direito. O Estado de Direito se contrapõe ao Estado de Polícia, limitando-se a defesa da ordem e segurança pública, remetendo os domínios econômicos e sociais para o campo da liberdade individual e da livre concorrência. Os direitos fundamentais de liberdade e propriedade só suportariam intervenções por parte do Estado quando permitido pela lei.<sup>6</sup> Em outras palavras, o Estado de Direito está fortemente adstrito ao que preceitua na lei (princípio da legalidade).

O sentido de *Rule of Law* assinala outras quatro dimensões. Primeiramente, remonta a Magna Carta de 1215, em que deve haver obrigatoriamente a observância de um processo justo e legalmente regulado quando se tiver de punir os cidadãos, seja privando-os de sua propriedade ou da sua liberdade. Segundo, significa prevalência das leis e costumes de um país perante a discricionariedade do poder real. Terceiro, submete todos os atos do Executivo à soberania do parlamento e por fim, assegura a igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos quando necessitarem defenderem os seus direitos que porventura sejam violados.<sup>7</sup>

*L'État légal*, ou Estado Legal, surgiu no constitucionalismo francês com a ideia de uma ordem jurídica hierárquica e serve de paradigma para os Estados constitucionais modernos, eis que além de garantir a supremacia da Lei, garante que esta só pode ser editada por um Órgão Legislativo e todas as ações do Executivo devem estar a ela vinculadas. Como

---

<sup>5</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 93.

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 94.

produto da vontade geral, as leis devem observar o princípio da igualdade entre os cidadãos, repudiando os privilégios do Antigo Regime.<sup>8</sup>

Ferrajoli já considera apenas os dois primeiros sentidos modernos atribuídos ao termo Estado de Direito. Para referido autor, um corresponde ao termo germânico *Rechtsstaat*, e designa a fonte e a forma legal de um Estado, que se preocupa apenas com legalidade da titularidade e das formas de exercício de poder do Estado, de modo que mesmo formas de governo autoritárias e totalitárias podem se enquadrar em tal conceito. O outro sentido corresponde ao termo em inglês *rule of law* (supremacia da lei) e está relacionado aos Estados constitucionais, os quais incorporam em nível normativo limites formais e também substanciais a qualquer exercício de poder.<sup>9</sup>

O autor explica que existem dois níveis de legitimação do Estado de Direito: o nível formal e o nível material. A legitimação formal decorre do princípio da legalidade, segundo o qual todo o poder estatal é subordinado às leis. A legitimação substancial ocorre através da garantia dos direitos fundamentais do cidadão, por meio de limitações impostas através da Constituição, o que visa coibir violações aos direitos de liberdade. Esses dois níveis de legitimação impedem a existência do poder estatal ilimitado e sem forma de controle, pois todos os poderes são, deste modo, limitados por deveres jurídicos relativos não somente à forma, mas também aos conteúdos de seu exercício, cuja violação é uma causa de invalidez judicial dos atos e conseqüentemente, de responsabilidade de seus autores.<sup>10</sup>

Ferrajoli ainda ensina que o respeito aos direitos fundamentais é pressuposto do Estado de Direito. As normas serão válidas apenas se em conformidade com garantias constitucionais de proteção aos direitos individuais, de modo que a mera conformidade formal com o ordenamento jurídico é insuficiente para que de determinada norma seja compatível com o Estado de Direito e, portanto, válida.

O princípio da submissão à jurisdição e da presunção da inocência são desdobramentos da legitimação formal e material do Estado de Direito. Os dois princípios são interdependentes: em sentido lato, o princípio à submissão à jurisdição exige que não haja culpa sem juízo, e em sentido estrito que a acusação se sujeite à prova e à refutação, isto é:

---

<sup>8</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 96.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 790.

<sup>10</sup> Ibidem.

"postula a presunção da inocência do imputado até prova contrária pela **sentença definitiva da condenação**"<sup>11</sup> (grifo nosso). Trata-se de um desdobramento lógico da finalidade racional do processo, e da principal finalidade que o processo assegura ao cidadão: a culpa deve ser comprovada, jamais a inocência, eis que esta é presumida desde início do processo.

Segundo Ferrajoli, o princípio da presunção da inocência é um "princípio fundamental de civilidade" e representa "o fruto de uma opção garantista em favor da tutela da imunidade dos inocentes"<sup>12</sup>. Tal princípio visa garantir interesses coletivos, pois, para o maior interesse da sociedade é necessário garantir que todos os inocentes sem exceção sejam protegidos, ainda que ao custo da impunidade de alguns culpados.

A concepção garantista de Ferrajoli designa um modelo normativo de direito, especialmente no que se refere ao direito penal, ao modelo da estrita legalidade, essência do Estado de Direito, que se assinala como tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, na esfera jurídica, como um sistema de requisitos impostos à função repressiva e punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Por essa razão, é garantista o sistema penal que se conforma normativamente ao Estado de Direito e que o satisfaz de modo efetivo.<sup>13</sup>

O mesmo autor conceitua que os princípios garantistas configuram um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, **o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo** e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade.<sup>14</sup>

No Brasil, antes da Constituição de 1988<sup>15</sup>, não havia previsão expressa do princípio da presunção da inocência nas demais Constituições, embora já se fizesse presente em diversos diplomas internacionais como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>16</sup> (art. 9º);<sup>17</sup> na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>18</sup>

---

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 505.

<sup>12</sup> Ibidem. p. 506.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 786.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>15</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 29 maio 2016.

<sup>16</sup> FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Paris, 1789. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

(art.11º)<sup>19</sup> e na Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>20</sup> (Pacto de San José da Costa Rica de 1992, art. 8.2)<sup>21</sup>.

A consagração expressa do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro veio com a letra do inciso LVII, do art. 5º, da atual Constituição, cuja redação é: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, inspirada na Constituição Italiana de 1948, mais precisamente em seu art. 27.2: “O acusado não é considerado culpado até a condenação definitiva”.<sup>22</sup>

Logo, a presunção de inocência constitucional levou o legislador do ordenamento brasileiro a declarar que as prisões antes do trânsito em julgado não detenham caráter definitivo do ponto de vista processual ao derivar das hipóteses taxativas previstas no Código de Processo Penal: prisão em flagrante ou cautelares/provisórias (preventiva ou temporária). Consequentemente, conceber a prisão provisória como forma de execução provisória ou antecipada da pena altera a ordem completa do processo e do sistema penal.

Em relação à nomenclatura, as fórmulas presunção de inocência (formulação positiva) e presunção de não culpabilidade (formulação negativa) são equivalentes semanticamente. Distingui-las é reduzir o alcance da regra humanitária de *status libertatis*, afastando-se do conteúdo da previsão constante nos diplomas internacionais; em suma, diferenciá-las é afastar a presunção de inocência, embora se trate de presunção *iuris tantum* – a qual possui relatividade, admitindo prova em contrário. De acordo com Giacomelli, ao entender que o sujeito do processo não é culpado, mas imputado, é colocar em dúvida sua inocência; desvirtuar o regramento probatório e a proteção da liberdade; não admitir a

<sup>17</sup> Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

<sup>18</sup> DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Organização das Nações Unidas, 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

<sup>19</sup> Artigo 11.1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

<sup>20</sup> CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pacto de San José da Costa Rica*. São José da Costa Rica, 22 de nov. de 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

<sup>21</sup> 8.2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

<sup>22</sup> GIACOMELLI, Nereu, J. Comentário ao art. 5º, LVII. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar. F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários a constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 442.

presunção de inocência em sua plenitude; é dizer que o acusado é “semi-inocente” (posição intermediária entre culpado e inocente), ou seja, quando não se é presumidamente culpado, se é presumidamente inocente.<sup>23</sup>

### 1.1 Entendimentos jurisprudenciais sobre a execução provisória da pena no Brasil

O atual Código de Processo Penal Brasileiro<sup>24</sup>, editado em 1941, sofreu enorme influência do então Código de Processo Penal Italiano, editado durante o fascismo de Mussolini.<sup>25</sup>

O Código Italiano ampliou as hipóteses de prisão automática e obrigatória, mesmo antes de qualquer sentença. Com o advento da Constituição Republicana da Itália publicada em 22 de dezembro de 1947 – a qual consagrou o princípio da presunção da não culpabilidade, em razão da dificuldade em efetivação de direitos constitucionalmente garantidos – apenas em 1988, com novo código de processo, a legislação italiana suprimiu dispositivos do Código que tornavam obrigatórias e automáticas a prisão do acusado.<sup>26</sup>

No Brasil, mesmo com o advento da Constituição de 1988, que no modo explícito afirma no inciso LVII, do art. 5º, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, vários dispositivos do Código Processo Penal de 1941 continuaram a vigorar, e foram tratados como compatíveis com a nova Constituição.

A título de exemplo, os artigos 393 e 594, ambos do Código de Processo Penal, tratavam das hipóteses de prisão em razão de sentença penal recorrível. O art. 393 (posteriormente revogado pela Lei nº 12.403/2011<sup>27</sup>), assim previa:

Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

II – ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

<sup>23</sup> GIACOMOLLI, Nereu, J. Comentário ao art. 5º, LVII. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar. F; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários a constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 442.

<sup>24</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 1 abr. 2017.

<sup>25</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. *A Cultura Inquisitória Vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro*. Revista da EMERJ, 2015. p. 264-274.

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 510.

<sup>27</sup> BRASIL. *Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm). Acesso em 1 abr. 2017.

O art. 594, posteriormente revogado pela Lei nº 11.719/2008<sup>28</sup>, do Código de Processo Penal previa em sua redação original que “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto” (este último refere-se à sentença que não incide sobre a liberdade do agente). O art. 594, no entanto, não tornava obrigatória a execução provisória em todo e qualquer caso, eis que criava exceções. Contudo, a regra era de que o recurso de apelação era condicionado à exigência da prisão, o que foi durante certo tempo entendido pela jurisprudência dominante como perfeitamente compatível com o princípio da presunção da inocência.

A Súmula 9, editada em 12 de setembro de 1990, pelo Superior Tribunal de Justiça, versava justamente sobre a compatibilidade entre o art. 594 do Código de Processo Penal e a Constituição da República, pois afirmava que “a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”<sup>29</sup>. O Supremo Tribunal Federal, em sessão Plenária em 24 de setembro de 2003, formulou a Súmula 716 a qual reconheceu a execução provisória da pena: “admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.<sup>30</sup>

O Superior Tribunal de Justiça modificou o seu entendimento apenas em 2008, com a publicação da Súmula 347, segundo a qual menciona que o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão.<sup>31</sup> O art. 594 foi então revogado meses após a publicação da referida Súmula, por meio da Lei nº 11.719/2008.<sup>32</sup>

A controvérsia para a execução da pena em todo e qualquer caso surgia a partir da interposição de recursos para os Tribunais Superiores. O Código de Processo Penal prevê no art. 637 que o **recurso extraordinário não tem efeito suspensivo**, e que uma vez arrazoado o

<sup>28</sup> BRASIL. *Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm)>. Acesso em 1 abr. 2017.

<sup>29</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 9*. Terceira Seção. Brasília, 6 de set. de 1990. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf)>. Acesso em: 1 abr. 2017.

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 716*. Plenário. Brasília, 24 de set. de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=716.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 1 abr. 2017.

<sup>31</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 347*. Terceira Seção. Brasília, 23 de abr. de 2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012\\_30\\_capSumula347.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_30_capSumula347.pdf)>. Acesso em: 1 abr. 2017.

<sup>32</sup> BRASIL. *Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm)>. Acesso em 1 abr. 2017.

recurso, os autos deveriam retornar para a instância de origem para execução imediata da pena.

Uma vez que o Código de Processo Penal originalmente entrou em vigor em momento anterior ao surgimento do Superior Tribunal de Justiça e do Recurso Especial, foram consolidadas jurisprudências no sentido de que o disposto no art. 637 aplicava-se por analogia ao Recurso Especial, sobretudo quando a Lei nº 8.038/1990<sup>33</sup>, que originalmente disciplinava os Recursos Especial e Extraordinário **não previa o efeito suspensivo como uma das consequências da interposição de ambos os recursos** (parágrafo 2º, do art. 27).

Logo, tanto a redação do art. 637 do Código de Processo Penal, como a não previsão do efeito suspensivo do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário eram vistos pelos Tribunais Superiores como permissões legais ao cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, conforme julgados a seguir:

PENAL. RÉU CONDENADO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE PRISÃO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DIREITO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O RECURSO DE NATUREZA EXCEPCIONAL. INDEFERIMENTO.

É assente a diretriz pretoriana no sentido de não inibir a constrição do status libertatis do condenado o princípio constitucional da não culpabilidade, porquanto o recurso especial, ainda sob apreciação, não tem efeito suspensivo. Precedentes do STF e do STJ. Ordem denegada.<sup>34</sup>

PENAL. PROCESSUAL. HOMICÍDIO. JÚRI. APELAÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA. MANDADO DE PRISÃO. RECURSO ESPECIAL. HABEAS CORPUS.

Recurso especial, sem efeito suspensivo, não pode invalidar mandado de prisão resultante de decisão que negou provimento a apelação criminal de réu condenado pelo Tribunal do Júri. Habeas Corpus conhecido; Ordem indeferida. Por unanimidade, indeferiu-se a ordem.<sup>35</sup>

PENAL. RÉU. CONDENAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. DESCONSTITUIÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO.

<sup>33</sup> BRASIL. Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm)>. Acesso em 1 abr. 2017.

<sup>34</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus nº 6.681/MG*. Quinta Turma. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 7 de out. de 1997. Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(\(%27RHC%27+ou+%27RHC%27\)+adj+6681\).su ce.+ou+\(\(%27RHC%27.clas.+ou+%27RHC%27.clap.\)+e+@num=%276681%27\)>](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=((%27RHC%27+ou+%27RHC%27)+adj+6681).su ce.+ou+((%27RHC%27.clas.+ou+%27RHC%27.clap.)+e+@num=%276681%27)>)>. Acesso em 1 abr. 2017.

<sup>35</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 2.884*. Quinta Turma. Rel. Min. Edson Vidigal. Brasília, 23 de nov. de 1994. Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(\(%27HC%27+ou+%27HC%27\)+adj+2884\).suce.+ou+\(\(%27HC%27.clas.+ou+%27HC%27.clap.\)+e+@num=%272884%27\)>](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=((%27HC%27+ou+%27HC%27)+adj+2884).suce.+ou+((%27HC%27.clas.+ou+%27HC%27.clap.)+e+@num=%272884%27)>)>. Acesso em 1 abr. 2017.

A condenação do paciente, impugnada por meio de recurso especial, que não tem efeito suspensivo, autoriza a expedição do mandado de prisão, se inexistem razões válidas para a sua sustação. Habeas Corpus denegado.<sup>36</sup>

---

**HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO PENAL SUJEITA A RECURSO DE ÍNDOLE EXTRAORDINÁRIA AINDA PENDENTE DE APRECIACÃO. POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DA PRISÃO DO CONDENADO. PEDIDO INDEFERIDO.**

O princípio constitucional da não culpabilidade dos réus, fundado no art. 5º, LVII, da carta política, não se qualifica como obstáculo jurídico a imediata constrição do status libertatis do condenado.

A existência de recurso especial (STJ) ou de recurso extraordinário (STF), ainda pendentes de apreciação, não assegura ao condenado o direito de aguardar em liberdade o julgamento de qualquer dessas modalidades de impugnação recursal, porque despojadas, ambas, de eficácia suspensiva (Lei nº 8.038/90, artigo 27, § 2º).

O direito de recorrer em liberdade - que pode ser eventualmente reconhecido em sede de apelação criminal - não se estende, contudo, aos recursos de índole extraordinária, posto que não dispõem estes, nos termos da lei, de efeito suspensivo que paralise as consequências jurídicas que decorrem do acórdão veiculador da condenação penal. Precedentes.<sup>37</sup>

---

**PROCESSUAL PENAL. PENAL. RÉU CONDENADO PELO JÚRI. APELAÇÃO EM LIBERDADE. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM DECISÃO UNÂNIME. MANDADO DE CAPTURA: EXPEDIÇÃO IMEDIATA.**

I. A regra do art. 675, CPP, ao exigir o trânsito em julgado da sentença para o fim de ser expedido o mandado de captura, só tem cabimento no caso da existência de recurso com efeito suspensivo. Na hipótese, se fosse caso de embargos infringentes, o mandado de prisão não poderia ser expedido sem que transitasse o acórdão em julgado. Tendo sido unânime a decisão, nada impedia a expedição imediata do mandado de prisão, dado que os recursos cabíveis - especial e extraordinário - não têm efeito suspensivo.

II. H.C. indeferido.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 5.362. Sexta Turma. Rel. Min. William Patterson. Brasília, 6 de maio de 1997. Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(\(%27HC%27+ou+%27HC%27\)+adj+5362\).suce.+ou+\(\(%27HC%27.clas.+ou+%27HC%27.clap.\)+e+@num=%275362%27\)>](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=((%27HC%27+ou+%27HC%27)+adj+5362).suce.+ou+((%27HC%27.clas.+ou+%27HC%27.clap.)+e+@num=%275362%27)>)>. Acesso em 1 abr. 2017.

<sup>37</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 72.102/MG. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 14 de fev. de 1995. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73550>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

<sup>38</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 69.039/PE. Rel. Min. Carlos Velloso. Brasília, 17 de dez. de 1991. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71418>>. Acesso em 1 abr. 2017.



O posicionamento era de tal modo dominante que chegou a ser consolidado em 2007, via Súmula 267, do próprio Superior Tribunal de Justiça: a interposição de recurso sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.<sup>39</sup>

De outro modo, desde a sua edição em 1984, a Lei de Execução Penal<sup>40</sup> prevê que a execução da pena privativa de liberdade inicia após o trânsito em julgado (art. 105), o que juntamente com o disposto no inciso LVII, do art. 5º da Constituição, embasava o discurso jurídico contrário à execução da pena antes do trânsito em julgado, como no seguinte precedente do Supremo Tribunal de Justiça em 2004:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. EFEITO SUSPENSIVO. INEXISTÊNCIA. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. ILEGALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Não subsiste o art. 637, do Código de Processo Penal, diante dos princípios constitucionais do estado de inocência e devido processo legal, pois não recepcionado pela Constituição da República.

2. O art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90 estabelece regras gerais sobre os recursos especial e extraordinário, e, frente aos princípios constitucionais do estado de inocência e devido processo legal e à Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), não abarca esses recursos quando encerrarem matéria penal cujo conteúdo tende a afastar a pena imposta.

3. Inteligência dos princípios da máxima efetividade e da interpretação conforme a constituição, cânones da hermenêutica constitucional.

4. Tanto o art. 669 do Código de Processo Penal, quanto a Lei 7.210/84 exigem o trânsito em julgado de decisão que aplica pena restritiva de direitos para a execução da reprimenda.

5. Ordem concedida.<sup>41</sup>

No entanto, tal posicionamento apenas se tornou majoritário na jurisprudência após o julgado do *Habeas Corpus* nº 84.078-7/MG no Supremo Tribunal Federal, no qual a Corte declarou ser inconstitucional a execução da pena antes do trânsito em julgado,

<sup>39</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 267*. Brasília, 17 de ago. de 2007. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.txt](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt)>. Acesso em 1 abr. 2017.

<sup>40</sup> BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em 1 abr. 2017.

<sup>41</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 25.310/RS*. Sexta Turma. Rel. Ministro Paulo Medina. Brasília, 26 de out. de 2004. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200201481360&dt\\_publicacao=01/02/2005](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200201481360&dt_publicacao=01/02/2005)>. Acesso em 1 abr. 2017.

conforme observado na ementa da referida decisão, transcrita na íntegra em virtude da sua relevância para este estudo:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”.

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do

disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque - disse o relator - “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

**8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida. (grifo nosso).<sup>42</sup>**

Além da mudança jurisprudencial, ocorreram também algumas importantes mudanças na legislação processual. Em 2011, a Lei nº 12.403 alterou a redação do art. 283 do Código de Processo Penal, no qual prevê expressamente que a prisão só pode ocorrer em caso de **flagrante, prisão temporária, prisão preventiva ou decorrente de sentença condenatória transitada em julgado.**

Desde então, o posicionamento pacífico nos Tribunais Superiores era no sentido de **não admitir a execução da pena antes do trânsito em julgado**, até que no julgado do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, em 17 de fevereiro de 2016, a Suprema Corte entendeu que a execução provisória na pena poderia ser iniciada após a confirmação de sentença em sede de segundo grau de jurisdição, por maioria dos votos.

Tal mudança de posicionamento gerou inquietação no âmbito jurídico. Como já ressaltado, a própria Constituição é expressa ao afirmar que a presunção de inocência termina apenas após o trânsito em julgado. Além disso, o posicionamento jurisprudencial majoritário anterior ao julgado do *Habeas Corpus* nº 84.078-7/MG no sentido de permitir a execução

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Eros Grau. Brasília, 5 de fev. de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em 29 maio 2016.

antecipada da pena se apoiava na legislação infraconstitucional então vigente e também pela não previsão do efeito suspensivo dos Recursos Especial e Extraordinário.

Contudo, ocorreram mudanças na legislação processual penal. Além da alteração do art. 283 do Código de Processo Penal, o novo Código de Processo Civil de 2015<sup>43</sup> passou a prever **o efeito suspensivo para os Recursos Especiais e Extraordinários** (parágrafo 5º, do art. 1.029), de modo que não há legislação infraconstitucional que determine o cumprimento da pena após proferimento de Acórdão condenatório em segunda instância.

Deste modo, como anteriormente mencionado, o presente trabalho procura avaliar os argumentos discursivos que foram utilizados para justificar a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema, e se esse mesmo discurso é compatível com os pressupostos do Estado de Direito, pois uma análise preliminar leva a hipótese de que o novo posicionamento não se compatibiliza com os desígnios apontados no Garantismo, uma vez que legitima a execução provisória da pena ainda que pendente controvérsia jurídica a ser sanada pelo Estado, inovando uma espécie de prisão provisória sem qualquer amparo legal.

As informações utilizadas para efetuar a análise de caso concreto foram fornecidas por meio da publicação do inteiro teor do Acórdão, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 17 de maio de 2016, sob a Ata de nº 71/2016, DJE nº 100, divulgado em 16 de maio de 2016.

## **1.2 O Habeas Corpus nº 126.292/SP no Supremo Tribunal Federal**

Os autos referem-se a um *Habeas Corpus* interposto por Márcio Rodrigues Dantas, que no caso específico, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao seu recurso de apelação, determinando a imediata execução provisória da condenação com seguinte ordem: “expeça-se mandado de prisão contra o acusado Márcio”. O mandado não se tratava de prisão cautelar, **e sim de execução provisória da pena.**

O Ministro Relator Teori Zavaski entendeu por submeter o referido pleito a julgamento pelo Plenário, entendendo pelo indeferimento do pedido e sugerindo a modificação da jurisprudência da Corte para permitir o imediato cumprimento da pena após confirmação de condenação no recurso de apelação. O voto do Relator foi acompanhado pelos

---

<sup>43</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em 2 abr. 2017.

Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e pela Ministra Carmen Lúcia.

Em contraponto, a Ministra Rosa Weber e os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, este último presidente da Corte à época, entenderam pela manutenção da jurisprudência da Suprema Corte que considera imprescindível o trânsito em julgado para que se possa iniciar o cumprimento de pena e concluíram pela concessão do *Habeas Corpus*.

## **2 FUNDAMENTAÇÃO APRESENTADA A FAVOR DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* nº 126.292/SP.**

Os principais argumentos apresentados a favor da execução provisória da pena pelos Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e pela Ministra Carmen Lúcia foram: a flexibilidade da presunção de inocência (preponderância dos princípios constitucionais), não constituindo esta um “super-princípio”; a mutação constitucional; o exaurimento da presunção de inocência em segunda instância, eis que provada toda matéria fática, não podendo esta ser rediscutida em sede de recursos extraordinários; a adoção majoritária deste critério nos demais países do mundo; o efeito unicamente devolutivo dos Recursos Extraordinários; o clamor da população frente a uma resposta efetiva do judiciário somada a sensação de impunidade e descrença das decisões em primeira instância; a imensa protelação de recursos pela defesa com intuito de prescrever a pretensão punitiva do Estado.

Com o objetivo de demonstrar a estrutura dos raciocínios que levaram a expressiva mudança de posicionamento da Suprema Corte brasileira, seguem os tópicos principais com as indicações consideradas relevantes para o entendimento de cada uma das posições, em caráter expositivo.

### **2.1 A preponderância de princípios constitucionais**

Os sete Ministros que votaram a favor da execução provisória da pena foram unânimes no sentido de que a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas sistematicamente na sua conexão com as demais, e não de forma isolada.

O Ministro Teori Zavascki iniciou sua relatoria a respeito da execução provisória de sentenças penais condenatórias defendendo uma ponderação sobre o alcance do princípio da presunção da inocência somada à busca do equilíbrio entre este e a efetividade da função

jurisdicional penal, que deve atender a valores preciosos não apenas aos acusados, mas também à coletividade.<sup>44</sup>

Ainda na parte introdutória de seu voto, o Relator ressaltou a importância que o Poder Judiciário tem de garantir que o processo penal exerça sua função institucional, sobretudo tratando-se da Suprema Corte. Sugeriu que a retomada da jurisprudência antecedente é meio legítimo para harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado ao atribuir efeito apenas devolutivo aos Recursos Especial e Extraordinário.<sup>45</sup>

No mesmo sentido, o Ministro Edson Fachin asseverou que “nenhuma norma, especialmente as de caráter principiológico, pode ser descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir foros de verdadeiro super-princípio”<sup>46</sup>. Assim, entendeu que a leitura do princípio expresso no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, ao afeiçoar-se com as demais normas constitucionais, como a efetividade da prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, contraria o entendimento de que somente com o esgotamento das instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade.<sup>47</sup>

O Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, afirmou que “a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória”<sup>48</sup>. Ao se fazer uma leitura contígua e sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988, notar-se-ia que a expressão legal prevê que o requisito para a privação de liberdade não é irrecorribilidade, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.<sup>49</sup>

De acordo com o Ministro, “a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes”<sup>50</sup>. Logo, a presunção de inocência poderá sofrer restrição por outras normas constitucionais, sendo necessário ponderá-la com os

---

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/2016. p. 4-5.

<sup>45</sup> Ibidem. p. 18.

<sup>46</sup> Ibidem. p. 22.

<sup>47</sup> Ibidem. p. 22.

<sup>48</sup> Ibidem. p. 27.

<sup>49</sup> Ibidem. p. 27.

<sup>50</sup> Ibidem. p. 27.

outros objetivos e interesses apreciados. Ao finalizar-se o julgamento fático-probatório em sede de condenação em segundo grau de jurisdição, está evidenciada a responsabilidade penal do acusado, e, portanto, há de se relativizar a presunção de inocência frente ao interesse constitucional da efetividade da lei penal.<sup>51</sup>

Ao concluir o argumento acima, o Ministro salientou que por um lado se encontra o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5º, LVII, da Constituição, que, em sua máxima incidência, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória pode ser executado ao acusado até a declaração definitiva de sua responsabilidade criminal; e por outro, encontra-se o dispositivo constitucional da efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral) tutelados pelo direito penal e pela própria Constituição, encontrando previsão, entre outros, nos art. 5º, *caput* (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e ainda, no art. 144 (segurança).<sup>52</sup>

Portanto, a relativização da presunção de inocência que se impõe restritamente à liberdade do acusado é superada em favor da proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, a qual conforme as estatísticas trazidas em seu voto, beira a 0,1% (zero vírgula um por cento) no Supremo Tribunal Federal.<sup>53</sup>

Por fim, o Ministro Luís Roberto Barroso sinalizou que ao flexibilizar a presunção de inocência, retomar-se-ia a credibilidade do Judiciário, os deveres de proteção por parte do Estado e o papel preventivo do direito penal. A execução provisória da pena iniciada no momento do esgotamento da jurisdição ordinária impõe-se como uma exigência de ordem pública, o que representaria a eficácia e credibilidade do Poder Judiciário.<sup>54</sup>

## 2.2 A mutação constitucional

Em virtude da Suprema Corte ser a guardiã do texto constitucional, inevitavelmente houve de se falar acerca da reinterpretação ora dada ao dispositivo previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição.

---

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/2016. p. 27.

<sup>52</sup> Ibidem. p. 40.

<sup>53</sup> Ibidem. p. 42.

<sup>54</sup> Ibidem. p. 44.



O Ministro Luís Fux considerou que:

[...] é preciso observar quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social, em outras palavras, quando a presunção de inocência não corresponde mais aquilo que se denomina de sentimento constitucional, às vezes, é fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência sistêmica ou social.<sup>55</sup>

Para a Ministra Carmen Lucia, a interpretação art. 5º, LVII, da Constituição deve ser literal no sentido da atribuição da culpabilidade e não da condenação, ou seja, ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado, no entanto, o réu poderá vir a sofrer de imediato os efeitos da condenação imposta pelo sentenciante de segundo grau.<sup>56</sup>

Seguindo o mesmo entendimento, o Ministro Edson Fachin interpretou o princípio da presunção de inocência sem adstringir-se à literalidade de tornar impossível a execução penal antes que as instâncias extraordinárias pronunciem a última palavra acerca da culpabilidade do réu.<sup>57</sup>

Para o Ministro Luís Roberto Barroso “a flexibilidade da mutação constitucional por via de interpretação consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente”.<sup>58</sup> Em outras palavras, ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente pronunciada.

O Ministro enfatizou que “o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória”<sup>59</sup>. Na sua releitura do dispositivo, reafirmou que o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente conforme se extrai do art. 5º, inciso LXI, da Constituição de 1988, e não a irrecorribilidade de uma decisão.<sup>60</sup>

Ainda disso, considerou que “a interpretação que interdita a prisão anterior ao trânsito em julgado tem representado uma proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas”.<sup>61</sup> Nesse sentido, reiterou que a execução provisória da pena justifica-se pela promoção de um direito penal

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17/05/2016 - Ata nº 71/2016. p. 59.

<sup>56</sup> Ibidem. p. 60.

<sup>57</sup> Ibidem. p. 21.

<sup>58</sup> Ibidem. p. 32.

<sup>59</sup> Ibidem. p. 35.

<sup>60</sup> Ibidem. p. 35.

<sup>61</sup> Ibidem. p. 42.

sério e eficaz, o qual constitui instrumento de garantia e proteção a bens jurídicos também relevantes na Constituição de 1988.<sup>62</sup>

### 2.3 O exaurimento da presunção de inocência em sede de segunda instância

Conforme anteriormente exposto, embora expressamente previsto no texto constitucional de que não se poderá considerar nenhum indivíduo culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a maioria dos Ministros entendeu que este princípio elencado no rol de direitos e garantias fundamentais não poderia ser absoluto.

Isto porque aqueles que votaram favoravelmente à execução provisória da pena entenderam que toda a matéria fática e probatória foi exaurida na ratificação da sentença condenatória pelo colegiado. Logo, presume-se a culpabilidade do agente, não havendo mais o que se falar de presunção de inocência.

Neste sentido, o Ministro Teori Zavascki assegurou que:

[...] para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior.<sup>63</sup>

Segundo o intérprete, é na instância ordinária que se exaure a apreciação sobre os fatos e provas, o que acarreta na responsabilização penal ou não do acusado. A presunção de inocência encontra-se superada quando concretizado genuinamente o duplo grau de jurisdição – onde há o reexame da sentença na sua integralidade mediante ampla devolutividade da matéria discutida na ação penal – contemplada ou não pelo juízo *a quo*. Nestes casos, o reexame dos fatos e provas só poderia sobrevir pela via da revisão criminal.<sup>64</sup>

O Relator afirmou negar efeito suspensivo aos Recursos Extraordinários (art. 637, do Código de Processo Penal e o art. 27, parágrafo 2º, da Lei 8.038/1990) sob a alegação de que “os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/2016, p. 42.

<sup>63</sup> Ibidem. p. 9.

<sup>64</sup> Ibidem. p. 9.

debate da matéria fática probatória”<sup>65</sup>. Advindo a condenação em grau de apelação, ocorreria preclusão da matéria envolvendo os fatos. Por este motivo, para o Ministro é justificável a relativização (e até mesmo a própria inversão), do princípio da presunção de inocência nas fases seguintes do processo penal.<sup>66</sup>

Como conjunto probatório de seus argumentos, o Ministro Teori Zavascki trouxe o exemplo recente da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa)<sup>67</sup>, que, no seu art. 1º, inciso I, aduz como causa de inelegibilidade a existência de condenação por delitos nela relacionados proferidas por órgão colegiado. Ou seja, ainda que a ação não tenha transitado em julgado, o legislador entendeu que a presunção de inocência não obsta que o Acórdão condenatório produza consequências contra o acusado.<sup>68</sup>

O Ministro Gilmar Mendes compartilhou deste mesmo entendimento ao afirmar que “a presunção de não culpabilidade não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, a condenação criminal surta efeitos severos, como a perda do direito de ser eleito”.<sup>69</sup> Relembrou em seu discurso, que essa norma é constitucional, como declarado pelo próprio Supremo nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e nº 30, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, julgadas em 16 de fevereiro de 2012. Para Gilmar Mendes, não parece incompatível com a presunção de inocência o início do cumprimento da pena, ainda que pendente o trâmite de recurso, de modo a preservar a igualdade dos entendimentos pelo Supremo.<sup>70</sup>

O Ministro Teori Zavascki citou o Ministro Gilmar Mendes ao afirmar que:

É natural a presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento, desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. [...] Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não

<sup>65</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/2016. p. 9-10.

<sup>66</sup> Ibidem. p. 9-10.

<sup>67</sup> BRASIL. *Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm)>. Acesso em: 1 abr. 2017.

<sup>68</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/2016. p. 11-12.

<sup>69</sup> Ibidem. p. 68.

<sup>70</sup> Ibidem. p. 68.

culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos.<sup>71</sup>

O Ministro Teori Zavascki reafirmou ainda que o Supremo Tribunal Federal somente conhece recursos que versem acerca de questões constitucionais que extrapolam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevantes as circunstâncias do caso concreto. A análise dos recursos pelos Tribunais Superiores não se presta a discussão acerca da culpabilidade, logo, excepcionalmente teria capacidade para modificar a situação do condenado sob o aspecto fático.<sup>72</sup>

Em seu voto, a Ministra Carmen Lucia salientou que o quadro fático está consolidado no esgotamento da instância ordinária. Portanto, considerou que o sentido que a Constituição determina é a da não culpabilidade definitiva antes do trânsito em julgado, e não a impossibilidade de condenação se em duas instâncias já foi assim reafirmado, nos termos inclusive das normas internacionais de Direitos Humanos.<sup>73</sup>

Corroborando com a Ministra, para o Ministro Gilmar Mendes, a garantia à presunção de inocência impede o tratamento do acusado como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, advertiu que o legislador deve precisar a definição do que é ser considerado culpado. Segundo o Ministro, há um conflito entre a importância de preservar o acusado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade penal e a progressiva demonstração de sua culpa durante o transcurso processual.<sup>74</sup>

Neste ponto, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que “a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença”<sup>75</sup>. No entanto, o princípio não garante que o acusado seja tratado de forma igualitária durante todo decorrer do processo, eis que conforme este se instrui e a culpa é demonstrada, a lei poderá impor tratamento diferenciado.<sup>76</sup>

O Ministro Edson Fachin, por sua vez, defendeu que “as instâncias ordinárias são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas

---

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/2016. p. 10.

<sup>72</sup> Ibidem. p. 16.

<sup>73</sup> Ibidem. p. 62.

<sup>74</sup> Ibidem. p. 67.

<sup>75</sup> Ibidem, p. 71.

<sup>76</sup> Ibidem. p. 71.

apresentadas pelas partes”<sup>77</sup>. A matéria fática apreciada nas instâncias ordinárias não deverá ser objeto de reanálise pelas Cortes Superiores, que se limitam a atribuir aos fatos afirmados nos Acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova versão.<sup>78</sup>

Acerca dos graus de jurisdição, o Ministro Edson Fachin relatou que “a finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto”.<sup>79</sup> O acesso às instâncias extraordinárias visa oportunizar que elas exerçam seus papéis de estabilizadoras, uniformizadoras e pacificadoras da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.<sup>80</sup>

O Ministro Edson Fachin demonstrou preocupação com a credibilidade das instâncias ordinárias quando concluiu que:

[...] ao se afirmar que a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias.<sup>81</sup>

Neste ponto, o Ministro Gilmar Mendes entendeu ainda que “quando esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária”.<sup>82</sup> Portanto, para o Ministro é possível determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos.

O Ministro Luís Fux afirmou em seu voto que “se um agente perpassa por todas as esferas do Judiciário é impossível que ele chegue ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de presumido inocente”.<sup>83</sup> De acordo com o Ministro, a realidade prática dificilmente constará um vício de inconstitucionalidade.

---

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/2016, p. 23.

<sup>78</sup> Ibidem. p. 23.

<sup>79</sup> Ibidem. p. 23.

<sup>80</sup> Ibidem. p. 23.

<sup>81</sup> Ibidem. p. 25.

<sup>82</sup> Ibidem. p. 68.

<sup>83</sup> Ibidem. p. 58.

Para o Ministro, a presunção de inocência cessa no momento em que se comprova a culpabilidade do agente, o que ocorre mais tardar, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelas Cortes Superiores.<sup>84</sup>

Já o Ministro Luís Roberto Barroso compreendeu que advindo condenação do réu em segundo grau, estabelecem-se as certezas jurídicas da materialidade do delito, da autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas. Sendo assim, adiar infundadamente a prisão do condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, que no presente caso, tem-se por definida como “a eficácia do direito penal exigida à proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal.”<sup>85</sup>

O Ministro afirmou ainda que a execução provisória contribui para um maior equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal. Mediante a nova orientação, reduz-se a infundável interposição de recursos incabíveis e restabelece-se o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias.<sup>86</sup>

Embora todos tenham correlacionado o segundo grau de jurisdição como instância ratificadora de sentenças proferidas em primeiro grau, nenhum ministro se pronunciou no sentido de ilustrar como a presunção de inocência ficaria asseverada nos casos em que os Tribunais Superiores têm competência originária para processar e julgar delitos. Presume-se, pelo atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, que a segunda instância ficaria suprimida, haja vista que a Constituição não assegurou expressamente o duplo grau de jurisdição nestes casos, muito embora o Brasil seja signatário de Tratados que preconizam esta garantia ao acusado.

## **2.4 Direito comparado: o cenário internacional**

Um dos principais argumentos trazidos pelo Ministro Relator Teori Zavascki foi a comparação da atual leitura da presunção de inocência no Brasil ao cenário internacional,

---

<sup>84</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/2016. p. 60.

<sup>85</sup> Ibidem. p. 45.

<sup>86</sup> Ibidem. p. 51.

observada pela Ministra Ellen Gracie no julgamento do *Habeas Corpus* nº 85.886/RJ<sup>87</sup>, onde ela cita que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”.<sup>88</sup>

O Ministro Teori Zavascki referiu-se ainda, a Constituições e a leis ordinárias da Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, França, Espanha, Argentina e Portugal, para melhor exemplificação, reafirmando que em nenhuma delas se encontra o princípio da presunção de inocência em caráter absoluto.<sup>89</sup>

O Ministro Gilmar Mendes compartilhou da mesma preocupação segundo a qual vislumbrou recente observação do jornal estrangeiro *The Economist* onde relata o choque entre o excesso de prisões provisórias dos acusados no Brasil e com o fato de que pode ser que, se eles obtiverem um *Habeas Corpus*, demorem, ou talvez nem venham a ser presos na execução, tendo em vista todas as delongas que o sistema brasileiro permite.<sup>90</sup>

Por fim, o Ministro Luiz Fux definiu que a presunção de inocência é o que está escrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada”, alertando para a não necessidade do trânsito em julgado.<sup>91</sup>

## 2.5 O efeito unicamente devolutivo dos recursos extraordinários

O Ministro Teori Zavascki expôs sua manifestação pela retomada da tradicional jurisprudência do Supremo anterior ao julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG<sup>92</sup>, ou seja, a atribuição do efeito apenas devolutivo aos Recursos Especial e Extraordinário, o que

<sup>87</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 85.886/RJ*. Segunda Turma. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 6 de set. de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354366>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

<sup>88</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/2016. p. 12.

<sup>89</sup> Ibidem. p. 12.

<sup>90</sup> Ibidem. p. 64.

<sup>91</sup> Ibidem. p. 58.

<sup>92</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Eros Grau. Brasília, 5 de fev. de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em 26 maio 2016.

enseja a legitimidade de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado.<sup>93</sup>

O Relator assegurou que o atual posicionamento do Supremo com relação ao princípio da presunção da inocência (que nega a executividade da condenação enquanto não ocorrido o trânsito em julgado), tem permitido e incentivado a inconveniente e sucessiva interposição de recursos com indisfarçada finalidade protelatória visando à prescrição da pretensão punitiva ou executória, o que se concebe por um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.<sup>94</sup>

Para o Ministro Teori Zavascki, as medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são absolutamente adequadas e eficazes para conter excessos em juízos condenatórios recorridos. Havendo plausibilidade jurídica do recurso, o Tribunal Superior atribuir-lhe-á efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena.<sup>95</sup>

Neste mesmo sentido, o Ministro Edson Fachin afirmou que há instrumentos processuais eficazes, como as medidas cautelares para atribuir efeito suspensivo a recursos especiais e extraordinários, bem como o *Habeas Corpus* em casos de teratologia, que são concedidos de ofício pela Suprema Corte, que poderão impedir que sejam cometidas eventuais injustiças.<sup>96</sup>

O Ministro Gilmar Mendes contribuiu afirmando que se há descomedimento na decisão condenatória, estarão à contento do condenado todos os remédios, além do eventual recurso extraordinário com pedido de efeito suspensivo, também a via do *Habeas Corpus*, podendo os tribunais dispor de meios para cessar essa execução antecipada.<sup>97</sup>

## 2.6 O papel inibitório do direito penal e a sensação de impunidade

Um único Ministro tratou em seu voto sobre a função da pena num contexto social: o Ministro Luís Roberto Barroso.

---

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/2016. p. 18.

<sup>94</sup> Ibidem. p. 17.

<sup>95</sup> Ibidem. p. 19.

<sup>96</sup> Ibidem. p. 26.

<sup>97</sup> Ibidem. p. 72.



Para o Ministro, a execução provisória da pena retoma a confiabilidade na eficácia da lei penal. Ao iniciar a execução da pena a partir da decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, evita-se que a morosidade processual conduza à prescrição dos delitos. Logo, em acordo com as legítimas demandas da sociedade por um direito penal controlado, deve-se privilegiar a interpretação que confira maior efetividade ao sistema processual penal.<sup>98</sup>

Afinal, segundo o Ministro, a aplicação da pena “promove a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade”.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/2016. p. 53.

<sup>99</sup> Ibidem. p. 40.

### **3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA FUNDAMENTAÇÃO QUE AUTORIZA A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NOS AUTOS DO *Habeas Corpus* nº 126.292/SP.**

Apresentada a fundamentação utilizada pelos Ministros cujos votos foram vencedores no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, passa-se a análise dos mesmos argumentos pela ótica dos votos vencidos, aliados as principais fundamentações apresentadas no *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, o qual consolidava a antiga jurisprudência contrária a execução provisória da pena, para fins de reflexão teórica.

#### **3.1 A literalidade do texto constitucional não admite juízo de ponderação com outros princípios constitucionais**

Conforme preleciona o Ministro Luís Roberto Barroso, a existência de colisões de normas constitucionais leva ao juízo de ponderação. A subsunção do fato a norma, por si só, não é capaz de solucionar o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em leis antagônicas. São os chamados casos difíceis por comportarem, em tese, mais de uma solução possível e razoável. A ponderação de normas, bens ou valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por meio da qual ele fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, procederá à escolha do bem ou direito que irá prevalecer em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade Constitucional. O princípio instrumental a ser utilizado é o da razoabilidade ou da proporcionalidade.<sup>100</sup>

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, o princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um limite do limite, ou uma proibição de excesso na restrição de tais direitos. Sendo assim, o princípio ou a máxima da proporcionalidade determina o último limite da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental.<sup>101</sup>

Quanto à aplicabilidade específica deste princípio, o Ministro preleciona:

<sup>100</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 95.

<sup>101</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Relatoria: Min. Eros Grau. Brasília, 5 de fev. de 2009. Publicado no DJe de 26 de fev. de 2010 – Ata nº 4/2010. p. 152.

As máximas parciais do princípio da proporcionalidade são: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Na aplicação do princípio da proporcionalidade, há de ser observado se frente a um conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).<sup>102</sup>

Acerca do tema execução provisória da pena, esta impede a aplicação do princípio da proporcionalidade *in concreto*, tomando como absoluta uma valoração que se funda tão somente num juízo de desvalor genérico: a prática de um delito. Semelhante critério viola o princípio da proporcionalidade na sua acepção de necessidade, ou seja, sobre a existência de outro meio igualmente eficaz e menos gravoso, visto que objetivos semelhantes podem ser integralmente alcançados com a adoção da prisão provisória. Configurada a desnecessidade da medida ante sua notória inadequação, a adoção de fórmulas genéricas, calcadas na mera antecipação da execução da pena por não mais haver recursos com efeito suspensivo à disposição da defesa, resulta em ofensa ao princípio da proporcionalidade na sua acepção de necessidade.<sup>103</sup>

A ponderação ou balanceamento de princípios (expressões sinônimas) nem sempre se faz necessária e deve ser utilizada de modo comedido, atendendo determinados critérios, tais como: a inexistência de uma ordenação hierarquizada e abstrata de bens constitucionais; a estrutura de princípio de muitas normas constitucionais, a qual exige a otimização e harmonização de tais princípios, especialmente nos casos de conflito e a possibilidade de uma diversidade de leituras dos conflitos de bens constitucionais em face de uma ausência de unidade de valores. Além disso, trata-se de operação que reclama rigorosa fundamentação.<sup>104</sup> Todavia, quando a própria Constituição estabelecer regras abstratas de prevalência, ou seja, quando exige que seja dada preferência a determinado bem jurídico ou interesse, o conflito deverá ser resolvido mediante observância da ponderação em abstrato feita pelo constituinte e que vincula o intérprete e aplicador.<sup>105</sup>

<sup>102</sup> MENDES, Gilmar. *A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal in Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 72.

<sup>103</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Relatoria: Min. Eros Grau. Brasília, 5 de fev. de 2009. Publicado no DJe de 26 de fev. de 2010 – Ata nº 4/2010. p. 153.

<sup>104</sup> SARLET, Ingo, MARINONI, Luís Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 214-215.

<sup>105</sup> Ibidem.

Nesta seara de preponderância de princípios constitucionais, parece evidente que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana. O princípio da dignidade humana não permite transformar o ser humano em objeto da ação estatal, logo, não há como compatibilizar ideia análoga com a execução antecipada da pena. O delinquente não pode converter-se em mero objeto do combate ao crime com transgressão de seus direitos ao respeito e o amparo de seus valores sociais. Os pressupostos fundamentais da existência individual e social do ser humano devem ser preservados.<sup>106</sup>

Sendo assim, o princípio da dignidade humana, essência da ordem constitucional (art. 1º, inciso III, da Constituição), veda a degradação do homem em objeto dos processos estatais. O Estado está adstrito ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposições, ofensas ou humilhações. A sua submissão a um procedimento indefinido nessas condições contraria o princípio da efetiva proteção judicial e ao próprio princípio da dignidade humana. Ou seja, um Estado de Direito não pode ser considerado legítimo ao entender que os princípios da eficácia jurisdicional, razoável duração do processo e segurança sobrepõe-se ao da liberdade, presunção de inocência e dignidade da pessoa humana.

A execução provisória da pena só respeitaria, concomitantemente, ao princípio da dignidade da pessoa humana e da efetividade jurisdicional quando o acusado encontra-se em prisão cautelar, por exemplo, e sobrevivendo condenação em segunda instância com fixação de regime inicial aberto, poderia dar início ao imediato cumprimento da pena mais benéfica, ao invés de mantê-lo em custódia, enquanto pendentes os recursos extraordinários, sejam quais forem os motivos.

Como bem destacado pela Ministra Rosa Weber, também o princípio da segurança jurídica não pode ser esquecido, especialmente quando a Suprema Corte enfrenta questões constitucionais. Sendo assim, deve haver a prevalência do postulado da presunção de inocência até o trânsito em julgado da decisão condenatória, preservando a jurisprudência até então consolidada desde o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG.<sup>107</sup>

O Ministro Marco Aurélio reconheceu, ainda, que a época é de crise, que há a morosidade do Estado e do Judiciário, que no Direito Penal o tempo é precioso – tanto para o

---

<sup>106</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Relatoria: Min. Eros Grau. Brasília, 5 de fev. de 2009. Publicado no DJe de 26 de fev. de 2010 – Ata nº 4/2010. p. 149.

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/2016. p. 55.

Estado-acusador quanto para o acusado – provocando a prescrição da pretensão punitiva, embora existam múltiplos fatores interruptivos do prazo prescricional. Todavia, mesmo diante deste deplorável quadro é que devem ser preservados parâmetros, princípios e valores constitucionais, não se gerando instabilidade, eis que a sociedade não pode viver sendo surpreendida.<sup>108</sup>

Ao que tudo indica, os sete Ministros cujos votos foram vencedores desobedeceram a didática acima exposta, ao ponto de sacrificarem os bens jurídicos liberdade (previsto no *caput* do art. 5º, da Constituição) e dignidade da pessoa humana em detrimento aos princípios da efetividade da prestação jurisdicional e da razoável duração do processo.

### 3.2 A mutação constitucional no Supremo Tribunal Federal

Acerca do tema mutação constitucional, necessário é o registro da observação de Larenz, segundo o qual preleciona que os fatores que ensejam a uma revisão e, frequentemente, a uma alteração da interpretação anterior devem guardar o propósito de que as relações entre indivíduos e os costumes com base em que a lei foi historicamente pensada variaram de tal maneira que esta mesma norma perde sua eficácia e aplicabilidade no tempo, não sendo mais possível ajustá-la as condições atuais. Trata-se da relação da lei com o tempo. O que num dado momento foi desejado e expresso no texto da norma pelo legislador poderá, futuramente, ocasionar reações não previstas anteriormente, de modo que se as pudesse prever, talvez não as teriam sido objeto de produção normativa.<sup>109</sup>

No entanto, nem toda e qualquer modificação nas relações humanas deve acarretar na mudança interpretativa. A mesma lei que deve se prestar a casos futuros dos mais diversos deve garantir a constância e segurança das relações humanas. Um conflito em concreto só acarreta a modificação de uma interpretação ou jurisprudência quando o entendimento anterior da lei é evidentemente insuficiente para a sua resolução.<sup>110</sup>

Deste modo, afirma Larenz que a alteração da interpretação normativa pode sofrer uma restrição ou extensão do significado prevalecente. Há fatores como: modificações na ordem jurídica global; uma nova tendência na legislação superveniente, um novo

<sup>108</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/2016. p. 77.

<sup>109</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 495.

<sup>110</sup> Ibidem.

entendimento da *ratio legis* ou dos critérios teleológico-objetivos; a necessidade de adequação do direito pré-constitucional aos princípios constitucionais, entre outros, que podem vir a abandonar a interpretação anterior porque se baseava em suposições ou em conclusões não suficientemente seguras as quais legitimavam uma interpretação que antes era correta e que agora não mais atende as expectativas para as quais a norma fora ordenada.<sup>111</sup>

O supracitado autor ensina que o exato momento em que dada interpretação deixou de ser correta é impossível de determinar. Isto porque as alterações subjacentes ocorrem de modo contínuo e não repentinamente. Uma interpretação que parecia originariamente conforme a Constituição, pode deixar de sê-la na sequência de uma modificação das relações determinantes, quando então dever-se-á eleger a interpretação segundo os outros critérios de interpretação, que seja agora a única em acordo com a Constituição.<sup>112</sup>

É comum observar esse tipo de situação no quadro de uma nova ordem constitucional. Entendimentos na jurisprudência, doutrina e legislação tornam, às vezes, inevitável que a interpretação da Constituição se realize, em um primeiro momento, com base na situação jurídica pré-existente. Mesmo novos institutos poderão ser interpretados segundo entendimento consolidado na jurisprudência e legislação pré-constitucionais. Nesse caso, é compreensível que uma nova orientação hermenêutica reclame cuidados especiais.<sup>113</sup>

Isso explica o porquê historicamente a presunção de inocência foi interpretada de maneira restritiva e em conformidade com a Constituição de 1988 até o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, o qual modificou a interpretação deste princípio, interpretando-o de maneira extensiva e orientando a legislação infraconstitucional em acordo com o texto da própria Constituição.

Em seu voto vencido nos autos do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, o Ministro Marco Aurélio citou que no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, não são permitidas interpretações divergentes do texto literal:

Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob

---

<sup>111</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 498.

<sup>112</sup> Ibidem. p. 499.

<sup>113</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Relatoria: Min. Eros Grau. Brasília, 5 de fev. de 2009. Publicado no DJe de 26 de fev. de 2010 – Ata nº 4/2010. p. 159.

pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção.<sup>114</sup>

No mesmo julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski complementou que há de se prestigiar o princípio previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, e ressalva que não consegue ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, pois este princípio é absolutamente taxativo e categórico, não vislumbrando como se possa interpretá-lo de maneira distinta.<sup>115</sup>

Para o Ministro Celso de Mello, a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer cidadão deve viabilizar uma hermenêutica fundamentalmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser considerada inocente deve prevalecer para todos os efeitos até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a liberdade das pessoas em geral.<sup>116</sup>

Percebe-se, então, que os Ministros vencidos optaram pela interpretação literal da norma constitucional.

Nessa seara, importa mencionar lição crítica trazida por Sarlet, segundo o qual entende que a tarefa da hermenêutica consiste em identificar e estabelecer o resultado constitucionalmente “correto”, mediante um procedimento racional, controlável e motivado de tal modo a **assegurar a previsibilidade e certeza jurídica**. O resultado ou resposta constitucionalmente correta depende, entre outros aspectos, dos sujeitos aos quais incumbe a interpretação, mas também dos métodos, técnicas e princípios (ou critérios) dos quais se valem os agentes do processo interpretativo.<sup>117</sup>

Um exemplo clássico de mutação constitucional realizada pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu no julgamento conjunto da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.277 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, onde o pleito das referidas ações era o reconhecimento da união estável homoafetiva. Ao Supremo Tribunal Federal coube analisar se haveria constitucionalidade para o reconhecimento para mais uma espécie familiar.

<sup>114</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/2016. p. 77.

<sup>115</sup> Ibidem. p. 97.

<sup>116</sup> Ibidem, p. 84.

<sup>117</sup> SARLET, Ingo, MARINONI, Luís Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, 4 ed. Saraiva, 2015. Apud Cf. Hesse, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 21.

Naquela ocasião, o Supremo firmou entendimento que o princípio da isonomia e a inexistência de vedação à homossexualidade, permitiria que o art. 226, parágrafo terceiro, da Constituição, o qual versa sobre entidade familiar, poderia ser interpretado como união “entre duas pessoas”, ao invés de interpretação literal “entre homem e mulher”.

A mutação do texto Constitucional foi encarada como uma ampliação dos direitos fundamentais, entre eles, de constituir entidade familiar. Ou seja, naquele momento se estava conferindo uma extensão dos preceitos fundamentais. Porém, a pergunta que ficou subentendida à época foi: “E quando a mutação constitucional se ativer a restringir os mesmos preceitos fundamentais?” A resposta, como pode ser observado, sobreveio com a jurisprudência formada nos autos do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, que reflete o perigo da utilização deste argumento da mutação constitucional sob o pretexto de inovar a interpretação do texto originário do constituinte, sobretudo no que se refere a preceitos fundamentais literais existentes na Carta Magna por meio de ativismos judiciais.

Nas palavras de Streck, delegar essas questões ao Poder Judiciário é fragilizar a produção do direito (essência da democracia) e admitir que o direito produzido democraticamente por meio do Poder Legislativo possa vir a ser ordenado por argumentações teleológicas-fáticas e/ou morais dos intérpretes da Lei.<sup>118</sup>

### 3.3 Os efeitos dos recursos extraordinários

O objeto do art. 637 do Código de Processo Penal<sup>119</sup>, em que não prevê o efeito suspensivo do recurso extraordinário, já havia sido rechaçado no discurso dos votos no *Habeas Corpus* nº 84.078/MG<sup>120</sup>, situação em que se firmou o entendimento que os preceitos veiculados pela Lei nº 7.210/84<sup>121</sup>, além de correspondentes à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do Código de Processo Penal<sup>122</sup>.

<sup>118</sup> STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. São Leopoldo, n. 2, p. 78, jul/dez. 2009.

<sup>119</sup> Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

<sup>120</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Eros Grau. Brasília, 5 de fev. de 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em 29 maio 2016.

<sup>121</sup> BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em 1 abr. 2017.

<sup>122</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 1º abr. 2017.



Além disso, o art. 637 do Código de Processo Penal é original do texto do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, portanto, anterior a Constituição de 1988. Somente em 28 de maio de 1990, com o advento da Lei nº 8.038<sup>123</sup>, é que foram instituídas normas procedimentais específicas para os recursos que tramitam perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Entre as referidas regras, encontrava-se o revogado art. 27, que em seu parágrafo segundo, continha a expressão de que os recursos extraordinário e especial seriam recebidos no efeito devolutivo. Esse argumento, inclusive, foi comumente utilizado nos autos do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, sob o pretexto de que os aludidos recursos não eram dotados de efeitos suspensivos, o que consequentemente autorizaria a imediata execução da pena proferida em condenação em segundo grau.

Em contraponto, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG<sup>124</sup>, o Ministro Eros Grau trouxe um aparato histórico acerca da evolução das leis no que se refere à execução a pena privativa de liberdade no Brasil: iniciando pelo próprio art. 637 do Código de Processo Penal<sup>125</sup>, editado em 1941, ele citou as **edições legislativas posteriores de caráter garantista**, como a própria Lei de Execuções Penais – editada em 1984, posteriormente recepcionada pela Constituição de 1988 – cujo teor também é cunho garantista ao assegurar a presunção de inocência no rol dos direitos e garantias fundamentais (grifo nosso).<sup>126</sup>

Já nos anos 90 os preceitos penais e processuais penais foram entusiasmados por uma repressividade insana e pelo excesso de ideias punitivas, a exemplo da própria Lei nº 8.038/90<sup>127</sup> (cujo art. 27, parágrafo segundo, suprimiu o efeito suspensivo dos recursos extraordinários); a Lei nº 7.960/89<sup>128</sup> (prisão temporária) e a Lei nº 8.072/90<sup>129</sup> (crimes hediondos). Ou seja, a legislação produzida neste período foi abertamente reacionária, atendendo às pretensões populares, buscando repreensões rígidas e imediatas, relegando a

<sup>123</sup> BRASIL. Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm)>. Acesso em 1 abr. 2017.

<sup>124</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Eros Grau. Brasília, 5 de fev. de 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em 29 maio 2016.

<sup>125</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 1º abr. 2017.

<sup>126</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus* nº 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relatoria: Min. Eros Grau. Brasília, 5 de fev. de 2009. Publicado no DJe de 26 de fev. de 2010 – Ata nº 4/2010. p. 11.

<sup>127</sup> BRASIL. Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm)>. Acesso em 1 abr. 2017.

<sup>128</sup> BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)>. Acesso em 2 abr. 2017.

<sup>129</sup> BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 3 abr. 2017.

plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa, o que representa um movimento regressivo, quer no direito penal, quer no direito processual penal, e ainda na própria execução penal.<sup>130</sup>

O Ministro Eros Grau defendeu ainda que a ampla defesa envolveria todas as fases do processo, inclusive as recursais de natureza extraordinária. A execução de sentença condenatória após o julgamento do recurso de apelação ocasionaria, portanto, claro desequilíbrio entre a pretensão punitiva estatal e o direito do acusado de suprimir esta pretensão.<sup>131</sup>

Nessa tese, o Ministro entendeu que:

Nem mesmo constelações de ordem prática - dizendo que ninguém mais vai ser preso, que os tribunais superiores vão ser inundados de recursos -, nem mesmo esses argumentos importantes, **que dizem até com a efetividade da Justiça**, podem ser evocados para ultrapassar esse princípio fundamental, esse postulado da presunção de inocência.<sup>132</sup> (grifei).

Sendo assim, o argumento da infundável interposição de recursos não é relevante no plano normativo sem antes uma reforma processual de acordo com os princípios constitucionais. Ao prevalecer este argumento sobre a liberdade de um indivíduo, estar-se-ia provocando séria ofensa ao texto expresso da Constituição.<sup>133</sup> Isto o levou a concluir que a desenfreada vocação à substituição da justiça por vingança denuncia a “estirpe dos torpes delinquentes enrustidos que, impunemente, sentam à nossa mesa, como se fossem homens de bem”.<sup>134</sup>

Em um Estado de Direito, o intérprete deverá fazer a leitura da norma em acordo com a Constituição, do contrário, a invalidaria. Embora o art. 27, parágrafo segundo, da Lei nº 8.038/90<sup>135</sup>, não mencione expressamente o efeito suspensivo dos recursos extraordinários, não se pode automaticamente presumir a vedação deste mesmo efeito. A Constituição fora silente quanto aos efeitos dos recursos extraordinários, de modo que não há inclinação nem que há efeito suspensivo e nem de que não há. Nestes casos, dada a característica garantista da Constituição de 1988, a interpretação a favor do acusado é a medida mais cautelosa.

<sup>130</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Relatoria: Min. Eros Grau. Brasília, 5 de fev. de 2009. Publicado no DJe de 26 de fev. de 2010 – Ata nº 4/2010. p. 11.

<sup>131</sup> Ibidem. p. 11.

<sup>132</sup> Ibidem. p. 17-18.

<sup>133</sup> Ibidem. p. 17-18.

<sup>134</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Relatoria: Min. Eros Grau. Brasília, 5 de fev. de 2009. Publicado no DJe de 26 de fev. de 2010 – Ata nº 4/2010. p. 13.

<sup>135</sup> BRASIL. *Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm)>. Acesso em 1 abr. 2017.

Essa questão foi superada com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil<sup>136</sup>, que veio a corroborar exatamente com o explanado anteriormente: o seu art. 1.029, parágrafo quinto, **prevê a possibilidade de que seja conferido efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário**. No entanto, ainda que a letra do artigo seja de 15 de março de 2015, e não tenha obtido nenhuma alteração até a entrada em vigor do Código em 18 de março de 2016, nenhum comentário a esse respeito foi pronunciado nos autos do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, que fora julgado um mês antes da vigência do novo Código.

Nesse ponto, para fins de embasamento nos autos do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, o Ministro Ricardo Lewandowski utilizou em seu voto doutrina emanada por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Filho e Antônio Scarance Fernandes:

“Para o processo penal, pode-se afirmar que a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar). O efeito suspensivo dos recursos extraordinários com relação à aplicação da pena deriva da própria Constituição, devendo as regras da lei ordinária, o artigo 637 do CPP, ser revistas à luz da Lei Maior”.<sup>137</sup>

Isto porque, complementou o Ministro Celso de Mello, fato indiscutível no processo penal, é que numa sociedade organizada sob a égide da democracia, não se justifica a formação, seja por antecipação, seja por presunção, de qualquer juízo condenatório, devendo a garantia do devido processo pautar-se em elementos de certeza (os quais, ao esvaecerem ambiguidades mostram-se capazes de informar objetivamente o órgão judiciário competente, afastando as dúvidas razoáveis, sérias e fundadas em torno da culpabilidade do acusado), para que se caracterize como ato revestido de validade ético-jurídica.<sup>138</sup>

O Ministro Celso de Mello acentuou que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente na medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Mesmo que confirmada a condenação penal pelo Colegiado, ainda assim subsistirá em favor do

<sup>136</sup> BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em 2 abr. 2017.

<sup>137</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/2016. p. 97.

<sup>138</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/201. p. 91.

sentenciado esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como o texto inconfundível da Constituição da República.<sup>139</sup>

O Ministro afirmou ainda que mesmo que não se apreciasse o texto constitucional estabelecido na presunção de inocência, por mera concessão dialética, também se mostraria incompatível com o ordenamento positivo a execução antecipada da pena, quando sujeita esta a impugnação na via recursal extraordinária, pelo fato de a Lei de Execução Penal<sup>140</sup> impor expressamente como pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória, o seu imperioso trânsito em julgado. Idêntica exigência é novamente formulada pelo art. 147 no que diz respeito à execução de penas restritivas de direitos.<sup>141</sup>

### 3.4 A razão histórica do princípio expresso da presunção da inocência na Constituição de 1988

Nos autos do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, o Ministro Celso de Mello iniciou seu voto afirmando que “a presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder”.<sup>142</sup>

O Ministro trouxe um breve histórico acerca da presunção de inocência:

“A presunção de inocência constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico, com raízes, para alguns, na Magna Carta inglesa (1215), embora, segundo outros autores, o marco histórico de implantação desse direito fundamental resida no século XVIII, quando, sob o influxo das ideias iluministas, veio esse direito-garantia a ser consagrado, inicialmente, na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776), o momento inaugural do reconhecimento de que ninguém se presume culpado nem pode sofrer sanções ou restrições em sua esfera jurídica senão após condenação transitada em julgado”.<sup>143</sup>

A consciência do sentido fundamental desse direito básico, projetou-se com grande impacto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>144</sup>, de 1789, cujo art. 9º

<sup>139</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/201. p. 93.

<sup>140</sup> BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em 1 abr. 2017.

<sup>141</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/2016. p. 95.

<sup>142</sup> Ibidem. p. 80.

<sup>143</sup> Ibidem. p. 80.

<sup>144</sup> FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Paris, 1789. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>>. Acesso em: 1 abr. 2017

solenemente proclamava a presunção de inocência, com expressa repulsa às práticas absolutistas do Antigo Regime.<sup>145</sup>

Em 1808, o Código de Processo Penal Napoleônico previu como titular da ação penal o Ministério Público, sendo o processo penal possuidor de base mista, ou seja, na investigação preliminar o sistema é inquisitivo (instaurado de ofício e sem regras entre igualdade de defesa e acusação) e num segundo momento, passa a ser acusatório (obediência a preceitos de igualdade entre autor e réu, imparcialidade do juiz, contraditório). Esse sistema serviu, posteriormente, de modelo predominante a quase todas as legislações derivadas.<sup>146</sup>

O princípio da presunção de inocência foi objeto de ataque concêntrico no final do século XIX, sintonizado com o regresso autoritário da cultura penalista italiana. A Escola Positiva Italiana, representada por Raffaele Garofalo e Enrico Ferri, considerava absurda e ilógica a fórmula da presunção de inocência, exigindo a prisão preventiva obrigatória e generalizada para os crimes mais graves e a adesão a modelos de justiça sumária e substancial além das provas da culpabilidade.<sup>147</sup>

Em 1892, Garofalo explicita seu pensamento sob a égide:

“A todos que repetem a vazia, absurda e habitual frase da presunção de inocência até a sentença definitiva, respondo que muitas vezes o juízo é antecipado e a condenação pronunciada pelo tribunal da opinião pública”.<sup>148</sup>

Todavia, a presunção de inocência restou estigmatizada pela autoridade de Vincenzo Manzini, que a considerou um “estranho absurdo excogitado pelo empirismo francês”, e a julgou “grosseiramente paradoxal e irracional”, baseado nas máximas da apriorística valoração dos institutos positivos da custódia preventiva e do segredo instrutório que por ela seriam contraditos; a insensata equiparação instituída entre os indícios que justificam a imputação e a prova da culpabilidade e a assunção de que a experiência demonstraria que a maior parte dos imputados são na realidade culpados.<sup>149</sup>

Baseando-se nesses avais, na exposição de motivos do Código Penal Italiano de 1930, repele-se "por completo a absurda presunção de inocência, que alguns pretendiam reconhecer ao imputado", liquidando-a como "uma extravagância derivada daqueles conceitos

<sup>145</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/2016. p. 80.

<sup>146</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.117-118.

<sup>147</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 507.

<sup>148</sup> Ibidem, apud GAROFALO, Raffaele. *La detenzione preventiva, La scuola positiva*, II. 1892. p. 199.

<sup>149</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 507.

antiquados, germinados pelos princípios da Revolução Francesa, os quais levam as garantias individuais aos mais exagerados e incoerentes excessos".<sup>150</sup>

No Brasil, a Constituição de 1934<sup>151</sup> unificou a legislação penal e foi promulgado o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941)<sup>152</sup>, na vigência do Estado Novo, inspirado no Código Penal Italiano de 1930, editado sob a ditadura fascista de Mussolini, com características inquisitivas.<sup>153</sup>

Também na vigência do Estado Novo, o Decreto-Lei nº 88, de 20 de dezembro de 1937<sup>154</sup>, cujo art. 20, nº 5, consagrou, nos processos por delitos contra a segurança do Estado, uma regra absolutamente incompatível com o modelo democrático: “presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário.”

A presunção de inocência teve somente previsão expressamente constitucional com o advento da Constituição de 1988. Conforme destacado pelo Ministro Celso de Mello em seu voto vencido, “a Constituição brasileira de 1988 foi destinada a governar uma sociedade constituída em bases legitimamente democráticas e é símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder”.<sup>155</sup> Dado o contexto histórico que a justificou – no processo político brasileiro – a ruptura com padrões autocráticos do passado e a abolição de qualquer tentame autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, é a grave esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse.<sup>156</sup>

Destaca-se que presunção de inocência está consagrada não só na Constituição do Brasil, mas também nas Declarações Internacionais de Direitos Humanos, como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948)<sup>157</sup>, a Convenção Europeia para a

<sup>150</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 507.

<sup>151</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 1 abr. 2017.

<sup>152</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 1º abr. 2017.

<sup>153</sup> FERNANDES, Humberto. *Princípios Constitucionais do processo penal brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 26.

<sup>154</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 88, de 20 de dezembro de 1937*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-88-20-dezembro-1937-350832-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

<sup>155</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/2016. p. 83.

<sup>156</sup> Ibidem. p. 83.

<sup>157</sup> DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Organização das Nações Unidas*, 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2017

Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950)<sup>158</sup>, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000)<sup>159</sup>, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981)<sup>160</sup>, a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (1990)<sup>161</sup>, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)<sup>162</sup> e a Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>163</sup> (1969).<sup>164</sup>

Assim, o sentido da cláusula constitucional definida pela Constituição em seu art. 5º, inciso LVII<sup>165</sup>, estabelece de modo evidente que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É por isso que é injustificável valer-se da prática e da experiência de outros Estados democráticos cujas Constituições, ao contrário da brasileira, não conferem a indispensável observância do trânsito em julgado da condenação criminal.<sup>166</sup>

Em suma, o fato de outras Constituições não trazerem expressamente o princípio da presunção de inocência em seus textos não autoriza ao Supremo Tribunal Federal interpretar tal preceito fundamental *contra legem*.

A tese de que “em nenhum país do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”, citada pela Ministra Ellen Gracie no julgamento do *Habeas Corpus* nº

<sup>158</sup> CONVENÇÃO EUROPEIA PARA A SALVAGUARDA DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS. Conselho da Europa, 1950. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

<sup>159</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. 2000. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em 2 abr. 2017.

<sup>160</sup> CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, 1981. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em 2 abr. 2017

<sup>161</sup> DECLARAÇÃO ISLÂMICA UNIVERSAL SOBRE DIREITOS HUMANOS. Cairo, 1990. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

<sup>162</sup> PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. *Organização das Nações Unidas*, 1966. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>>. Acesso em 2abr. 2017.

<sup>163</sup> CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pacto de San José da Costa Rica*. São José da Costa Rica, 22 de nov. de 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

<sup>164</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/2016. p. 81.

<sup>165</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 29 maio 2016.

<sup>166</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/2016. p. 88.

85.886/RJ<sup>167</sup>, utilizada como argumento novamente nos autos do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, merece uma pontuação específica.

O Ministro Gilmar Mendes, então Presidente da Corte no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, ressaltou sobre esse assunto em tese doutoral desenvolvida na universidade Autônoma de Barcelona, o autor Odone Sanguiné acentua ser a presunção de inocência um limite teleológico da prisão provisória. Daí a conclusão pela impossibilidade desta ser adotada com a finalidade de pena antecipada.<sup>168</sup>

O referido autor da tese leciona:

“A contradição material consistente em impor uma pena antes de que se condene o processado somente pode prosperar formalmente mediante a consideração de tal privação de liberdade como uma medida cautelar, não como uma pena. A aporia pode ser resolvida somente se lograrmos estabelecer o ponto de equilíbrio entre exigências opostas, e verificar a base da *ratio* em que a restrição da liberdade pessoal do imputado pode conciliar-se com o princípio da presunção de inocência, que exclui qualquer identificação entre imputado e culpável antes da sentença de condenação definitiva. Mas, afirmada a compatibilidade entre a prisão provisória e a presunção de inocência, não se pode perder de vista aquele direito fundamental, que sempre resultará vulnerável quando a medida de privação de liberdade não responder a exigências cautelares, convertendo-se em antecipada”.<sup>169</sup>

Nesse sentido tem se manifestado o Tribunal Constitucional espanhol, conforme o mesmo autor:

“De maneira taxativa, o Tribunal Constitucional rechaça frontalmente, como fim legítimo, a antecipação de pena, declarando que “em nenhum caso pode perseguir-se, com a prisão provisória, fins punitivos ou de antecipação de pena”, considerando que o “momento essencial desse regime é a consideração da presunção de inocência como regra de tratamento. O fato de que o imputado tenha que ser considerado não culpado, obriga a não castigá-lo por meio da prisão preventiva. E isso quer dizer que esta não pode ter caráter retributivo de uma infração que ainda não tenha sido juridicamente estabelecida”, já que “utilizar com tais fins a privação de liberdade excede os limites constitucionais”. Portanto, não se pode atribuir à prisão provisória uma finalidade retributiva incompatível com sua natureza cautelar e com o direito à presunção de inocência do imputado.

<sup>167</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 85.886/RJ*. Segunda Turma. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 6 de set. de 2005. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354366>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

<sup>168</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Relatoria: Min. Eros Grau. Brasília, 5 de fev. de 2009. Publicado no DJe de 26 de fev. de 2010 – Ata nº 4/2010. p. 146.

<sup>169</sup> SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2003. p. 445.



Neste sentido, o Tribunal Constitucional esclarece que o direito fundamental à presunção de inocência "impõe limites infranqueáveis" à adoção da prisão provisória: "proscrição à utilização da prisão provisória com o fim de impulsionar a investigação do delito, obter provas ou declarações" (SSTC 156/1997, f.j.3º; 67/1997, f.j.2º).

Portanto, a satisfação de maneira imediata das demandas sociais de segurança ou inclusive de vingança através da prisão provisória, no caso em que, diante de certos delitos, a sociedade demande uma resposta que não possa demorar-se no tempo, é uma finalidade não admitida pelo Tribunal Constitucional, pois com ela pretende-se conseguir resultados que são próprios da pena, mas que não podem ser assumidos por uma medida, como a prisão provisória, que é decretada anteriormente à sentença. Adotar a prisão provisória nestes casos não é outra coisa senão relacioná-la ao cumprimento de uma pena".<sup>170</sup>

Naquela ocasião, o Ministro Gilmar Mendes ainda reforçou a seguinte passagem de decisão em 1965, proferida pela Corte Constitucional alemã:

"No instituto da prisão provisória revela-se a tensão entre o direito de liberdade assegurado nos art. 2º, II e o art. 104 da Lei Fundamental e a necessidade inafastável de uma persecução criminal efetiva. A rápida e justa presunção de fatos ilícitos graves não seria possível em muitos casos, se as autoridades encarregadas da persecução criminal estivessem impedidas, sem qualquer exceção, de obter a prisão do eventual autor do delito. Por outro lado, a definitiva retirada (*volle Entziehung*) da liberdade é um mal, que, no Estado de direito, só se aplica, fundamentalmente, àquele que tenha praticado um fato previsto como crime, **ou que tenha sido definitivamente condenado**. (grifo nosso).

A aplicação dessa medida contra suspeito da prática de um ato criminoso somente será admissível em casos excepcionais. Daí resulta que, em razão da presunção de inocência, somente poderão ser tomadas medidas de restrição de liberdade, semelhantes à pena de prisão, em casos de presunções fortes e urgentes contra o acusado.

A presunção de inocência não está prevista expressamente na Lei Fundamental. Ela corresponde, porém, à convicção geral associada ao Estado de Direito e integra a ordem positiva da RFA por força do disposto no art. 6º, II, da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Uma solução adequada desse conflito relativo a dois princípios importantes do Estado de Direito somente será alcançada se se puder contrapor, como corretivo, em face da restrição da liberdade considerada necessária e adequada da perspectiva da persecução criminal, permanentemente a pretensão da liberdade do acusado ainda não condenado. Isso significa: a prisão provisória há de observar na sua decretação de execução, o princípio da proporcionalidade.

A intervenção no direito de liberdade somente será aceitável, se e na medida em que, de um lado, existam dados concretos aptos a colocar em dúvida a inocência do acusado e de outro, se a pretensão legítima da

<sup>170</sup> SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2003. p. 448-449.

comunidade estatal relativa ao completo esclarecimento e célere punição do responsável não puder ser assegurada senão pela decretação da prisão do suspeito. (*BVerfGE* 19, 347-348)”.<sup>171</sup>

Contrariadamente à Constituição brasileira, embora o princípio da presunção de inocência não conste em previsão expressa na Constituição dos demais entes internacionais, isso não impede que este princípio seja admitido e reconhecido, tanto é que se conclui das citações acima que a execução provisória da pena não é tolerada, e os casos que exigem a restrição da liberdade do acusado deverão ser exercidos por meio de prisões cautelares.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio alertou para o fato de que a execução provisória da pena é uma execução precoce, sem ter-se a culpa devidamente formada, o que vem a esvaziar o modelo garantista decorrente da Carta de 1988. Afirma ainda, que se mantido esse rumo quanto à leitura da Constituição pelo Supremo, ela poderá deixar de ser tida como **Carta Cidadã** (grifo nosso).<sup>172</sup>

Nesta mesma seara garantista, a doutrina menciona ainda que uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas – ou seja, de garantias – que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo.<sup>173</sup>

Ao relembrar os conceitos de Lassale, tem-se que a essência da Constituição está na soma dos fatores reais do poder que regem um país. Juntam-se esses fatores reais do poder, escritos em uma folha de papel, concede-lhes expressão escrita e então, uma vez incorporados, deixam de ser simples fatores reais do poder, e passam a verdadeiros direitos nas instituições jurídicas e quem contrariá-los, atentará contra a lei, e em consequência, deverá ser punido.<sup>174</sup>

### 3.5 A irreversibilidade da execução provisória da pena de liberdade

Atentando às consequências da mudança de jurisprudência pelo Supremo, o Ministro Marco Aurélio sustentou que no campo patrimonial, a execução provisória pode até

<sup>171</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Relatoria: Min. Eros Grau. Brasília, 5 de fev. de 2009. Publicado no DJe de 26 de fev. de 2010 – Ata nº 4/2010. p. 147-148.

<sup>172</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/2016. p. 76.

<sup>173</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 786.

<sup>174</sup> LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 2006. p. 30. Disponível em: <<http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/418/1/LASSALLE,%20F.%20O%20que%20%C3%A9%20uma%20Constituic%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. O principal desígnio da execução provisória é a possibilidade de retorno ao *status quo*, uma vez reformada a sentença. O Ministro abre uma reflexão no sentido de que se perdida a liberdade, e posteriormente vindo a sentença condenatória e provisória a ser alterada, transformando condenação em absolvição, a liberdade poderá ser devolvida ao cidadão que surge como inocente? Para ele, a resposta é negativa.<sup>175</sup>

O Ministro então adentrou a sugestão do Ministro César Peluso, o qual cogitou para acelerar a morosidade da Justiça a promulgação de uma emenda constitucional visando à execução após o crivo revisional, formalizado por Tribunal – geralmente de Justiça ou Regional Federal – no julgamento de apelação, sendo que essa ideia não prosperou no Legislativo. O Ministro Marco Aurélio duvidou se seria possível uma emenda constitucional relativa aos direitos e garantias individuais, ante a limitação do artigo 60 da Carta de 1988. Porém, ressaltou que o Supremo, ante o novo posicionamento, em contrapartida declarará que a cláusula protetora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, já que antes do trânsito em julgado da decisão condenatória é possível colocar o réu no estabelecimento prisional, pouco importando se posteriormente advier título condenatório reformado no sentido oposto.<sup>176</sup>

O Ministro Ricardo Lewandoski admitiu-se perplexo acerca desta inclinação da Corte no sentido de permitir a execução provisória da pena, diante do fato desta decisão ser tomada logo após o Supremo ter admitido, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 e no Recurso Extraordinário nº 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro está categoricamente falido. Nas palavras do Relator naquele caso: “o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional”. Sendo assim, questionou se ao se relativizar um princípio maior da Constituição, não estaria o Supremo propondo-se a facilitar a entrada de pessoas no verdadeiro caos que é o sistema prisional brasileiro.<sup>177</sup>

Voltando a questão patrimonial apontada pelo Ministro Marco Aurélio, o Ministro Ricardo Lewandoski relatou que “na história do Brasil, a propriedade sempre foi um valor que se sobrepôs ao valor liberdade e isto se encontra refletido no próprio Código Penal brasileiro”.

---

<sup>175</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/2016. p. 78.

<sup>176</sup> Ibidem. p. 78.

<sup>177</sup> Ibidem. p. 98.

Exemplificou seu argumento sob a égide de que ofensa à propriedade é punida com muito mais rigor que os crimes contra a pessoa, que possuem penas insignificantes se considerar que a pena mínima de furto é de dois anos, e do roubo é de quatro anos. Em suma, no Brasil, o sistema jurídico sempre valorou mais à propriedade. A partir disto, citou o art. 520, incisos I e IV, do Código de Processo Civil e comentou que ao versar sobre patrimônio, o legislador pátrio atentou para evitar qualquer prejuízo no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte dos Tribunais Superiores.<sup>178</sup>

Diante do exposto, o Ministro Ricardo Lewandowski apontou que há uma contradição no Código de Processo Civil: em se tratando da liberdade, o Supremo está deliberando que a pessoa deve ser provisoriamente presa, e, eventualmente mais tarde – mantidas as estatísticas com a probabilidade que beira a 1/4 (um quarto) de absolvição – não terá possibilidade alguma de lhe ser restituído o tempo em que permaneceu sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis.<sup>179</sup>

A própria jurisprudência da Corte citada pelo Ministro Eros Grau, na relatoria do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG – em que aludiu ao Recurso Especial nº 482.006, onde foi discutida a constitucionalidade de preceito de Lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional – decidiu, por unanimidade, que a norma sugere evidente violação do disposto no inciso LVII, do art. 5º, da Constituição do Brasil, nas palavras daquele Relator:

“Ao se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”.<sup>180</sup>

Logo, houve afirmação unânime da impossibilidade de antecipação de qualquer efeito à propriedade, anteriormente ao seu trânsito em julgado, à decisão com caráter de

<sup>178</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/2016. p. 98-99.

<sup>179</sup> Ibidem. p. 101.

<sup>180</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Relatoria: Min. Eros Grau. Brasília, 5 de fev. de 2009. Publicado no DJe de 26 de fev. de 2010 – Ata nº 4/2010. p. 18-19.

sanção. Consequentemente, quando a Corte prestigia a garantia da propriedade certamente não a relegará quando se trate da garantia da liberdade.<sup>181</sup>

Naquele momento, o Ministro Eros Grau ainda defendeu que não se poderá entender diferente, salvo na hipótese de interpretação de que a Constituição está plenamente a serviço da defesa da propriedade, mas nem tanto da liberdade. E criticou: “afinal de contas a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas”.<sup>182</sup>

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, o Ministro Ricardo Lewandowski trouxe ainda dados relativos ao sistema prisional brasileiro, entre eles que há hoje no Brasil a quarta maior população carcerária em termos mundiais, somente atrás dos Estados Unidos, da China e da Rússia, totalizando seiscentos mil presos. Dos seiscentos mil presos, duzentos e quarenta mil presos são presos provisórios (40%). Mediante o novo entendimento, em que o Supremo autoriza após uma decisão de segundo grau que as pessoas sejam presas, seguramente a esses duzentos e quarenta mil presos provisórios poderão ser adicionados outras dezenas ou centenas de milhares novos presos.<sup>183</sup>

Por fim, o Ministro Marco Aurélio ressaltou que o significado do princípio da presunção de inocência também visa impedir que se execute uma pena ainda não definitiva, haja vista ser possível o provimento do recurso especial ou do recurso extraordinário pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>184</sup>

### **3.6 A não inversão da presunção de inocência em presunção de culpa e a incompatibilidade da execução provisória no Estado de Direito**

Conforme extensivamente apontado neste trabalho, a presunção de inocência foi uma garantia assegurada ao cidadão frente ao Estado, rompendo antigos paradigmas totalitários. Por meio dela é que a culpa deve ser demonstrada e sua prova constitui objeto de juízo e não ao contrário.

Esse preceito liberal contraria o caráter antropológico positivista, argumentando com a tese exatamente antagônica da maior perspectiva de que um imputado seja antes

<sup>181</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Relatoria: Min. Eros Grau. Brasília, 5 de fev. de 2009. Publicado no DJe de 26 de fev. de 2010 – Ata nº 4/2010. p. 19.

<sup>182</sup> Ibidem. p. 19.

<sup>183</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de maio de 2016 - Ata nº 71/2016. p. 101.

<sup>184</sup> Ibidem. p. 79.

considerado culpado à inocente. Concebe um princípio fundamental, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade das pessoas inocentes, ainda que custe a impunidade de algum culpado.

Montesquieu<sup>185</sup> afirmava que “quando a inocência dos cidadãos não é garantida, tampouco é a liberdade”. Em outras palavras, a presunção de inocência não assegura apenas a liberdade, como também a garantia de segurança ou defesa social, seja a específica segurança provida pelo Estado de Direito e expressa pela confiança na justiça, seja a defesa dos próprios cidadãos contra o livre arbítrio punitivo.

Deste modo, o temor que a justiça incute aos cidadãos é sinal inequívoco de perda da legitimidade política da jurisdição, assim como sua involução autoritária. Toda vez que um acusado inocente tem razão ao temer um magistrado, significa que essa sistemática está fora da lógica do Estado de Direito, apontando a falência da função jurisdicional penal e ruptura dos valores que a legitimaram.<sup>186</sup>

Nessa ótica, é o que é vislumbrado ao interpretar que a presunção de inocência se inverte em presunção de culpabilidade a medida que se prossegue a persecução penal. É retroagir a antiga prática dos regimes autoritários, renegando conquistas históricas no campo das liberdades do cidadão.

A execução de sentença condenatória após o julgamento do recurso de apelação ocasiona desequilíbrio entre a pretensão punitiva estatal e o direito do acusado de se defender de tal pretensão, conforme posicionamento majoritário adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.0780/MG.<sup>187</sup>

Conforme preceitua Antônio Magalhães Gomes Filho, a disposição constitucional do art. 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988 reafirma a dignidade da pessoa humana como premissa fundamental da atividade repressiva estatal, de modo que institui uma garantia de que o acusado seja tratado como inocente até o trânsito em julgado da sentença.<sup>188</sup> Assim, jamais será compatível com a Constituição a prisão anterior à condenação transitada em

<sup>185</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 198.

<sup>186</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 505.

<sup>187</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Relatoria: Min. Eros Grau. Brasília, 5 de fev. de 2009. Publicado no DJe de 26 de fev. de 2010 – Ata nº 4/2010. p. 11.

<sup>188</sup> FILHO, Antônio Magalhães Gomes. *Significados da Presunção de Inocência*, in *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 326.

julgado, salvo por motivo cautelar, como no caso da prisão preventiva.<sup>189</sup>

A execução provisória é absolutamente incongruente com o sistema processual penal de um Estado de Direito, pois somente a certeza judicial de que o acusado cometeu a infração judicial – o que só ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória – permite a execução da pena sem lesão aos direitos fundamentais do sentenciado da presunção da inocência e da observância do devido processo legal.<sup>190</sup>

Antes do trânsito em julgado, não há embasamento legal para a prisão como mera decorrência de sentença ou acórdão condenatório, pois sequer há título judicial que justifique a execução da pena, conforme disposto no art.105 da Lei de Execução Penal.<sup>191</sup>

A execução provisória da pena é, portanto, definida como uma “ilegal e absurda prisão cautelar automática”, que viola de modo flagrante a presunção da inocência.<sup>192</sup>

Como ressaltado pelo Ministro Eros Grau no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, questões pragmáticas como a eventual demora para o trânsito em julgado ocasionada por uma série de recursos interpostos pela defesa dos acusados não podem justificar uma interpretação incompatível com o texto da Constituição, pois “nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais”.<sup>193</sup>

Além disso, a instrumentalidade do processo penal tem como objetivo impedir a aplicação de uma pena sem o devido processo legal, sendo uma verdadeira garantia ao indivíduo, e não uma forma de impedir a execução da pena.<sup>194</sup>

---

<sup>189</sup> FILHO, Antônio Magalhães Gomes. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.p. 86

<sup>190</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 283.

<sup>191</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 465-466.

<sup>192</sup> JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 879.

<sup>193</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Relatoria: Min. Eros Grau. Brasília, 5 de fev. de 2009. Publicado no DJe de 26 de fev. de 2010 – Ata nº 4/2010. p. 12.

<sup>194</sup> JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 127.

## CONCLUSÃO

Consagrada pela primeira vez na Constituição Brasileira de 1988, a presunção de inocência foi, pelo menos ao longo de vinte anos, relegado a plano secundário pelo Supremo Tribunal Federal. Embora constasse previsão expressa no texto constitucional, sua interpretação era meramente restritiva e articulada à validade do art. 594, do Código de Processo Penal, a exemplo do *Habeas Corpus* nº 72.366, de Relatoria do Ministro Néri da Silveira, julgado em 13 de setembro de 1995.

Somente em 2009, por meio do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, de Relatoria do Ministro Eros Grau, a Suprema Corte veio a alterar sua jurisprudência, firmando entendimento de que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente poderá ser decretada a título cautelar.

Isso decorreu em virtude de que alguns julgados interpretavam que o art. 147, da Lei de Execução Penal, não permitia a restrição de direitos antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Para fins de equidade, prevaleceu o entendimento de que a Corte que defende o preceito constitucional da garantia da propriedade não a deve negar quando se referir à garantia da liberdade.

Desde então, a jurisprudência encontrava-se consolidada nesse sentido, até que em fevereiro de 2016, o princípio da presunção de inocência foi novamente levado a discussão no Plenário do Supremo, por meio do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, o qual retomou a antiga jurisprudência da Corte, permitindo a execução provisória da pena.

O caminho comparativo utilizado como instrumento de análise da mutação constitucional representada na alteração da jurisprudência acerca da presunção da inocência permitiu verificar que há fluxos e refluxos ora garantistas (década de 80), ora não-garantistas (década de 90), que resulta em uma expansão do direito penal. Após a edição de leis reacionárias na década de 90, o Supremo declarou alguns dispositivos inconstitucionais (a exemplo do cumprimento de pena em regime integralmente fechado nos crimes hediondos), pesando novamente a balança para o lado garantista. Porém, o que se vislumbra agora, mediante essa nova interpretação, é igualmente uma inclinação ao retrocesso para fins de legitimar a repressividade estatal. Quando não previamente criada pelo legislador, busca-se, por meio interpretativo da norma, a criação de um direito penal simbólico, que se sobreponha a sensação de injustiça e insegurança coletiva.



Essa “flexibilização” acarreta na mudança de interpretação, ou “mutação constitucional”, que se refere ao ato de interpretar uma norma, que nada mais é do que colocá-la no tempo ou integrá-la a realidade pública. A modificação de sentido de uma norma sem a alteração formal de seu texto justifica a mutação constitucional. Sobre essa mesma premissa, no momento em que o Supremo Tribunal Federal decide restringir garantias constitucionais dos cidadãos expressas previamente pelo constituinte originário, é questionável se há nessa decisão algum respeito a democracia e aos princípios adstritos ao Estado de Direito, preceito esse configurado, inclusive, no 1º artigo da Constituição de 1988 e que não fora mencionado em nenhum dos votos proferidos no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP.

Na concepção garantista de Ferrajoli, a legitimação do poder estatal ocorre por meio da garantia dos direitos fundamentais do cidadão com limitações impostas na Constituição (estrita legalidade) que visam coibir violações aos direitos de liberdade, impedindo a existência de um poder estatal ilimitado. No entanto, as normas serão válidas somente quando em conformidade com garantias constitucionais de proteção aos direitos individuais, de modo que a mera conformidade formal com o ordenamento jurídico é insuficiente para que determinada norma seja compatível com o Estado de Direito e, conseqüentemente, possua validade. Diante desse quadro, pode-se afirmar que permissividade da execução provisória da pena é inconstitucional, pois viola o princípio da presunção de inocência, e de maneira reflexa, o próprio princípio da legalidade, um dos desdobramentos da legitimação do Estado democrático de Direito.

Outro impasse a respeito da execução provisória da pena foi o silêncio do Supremo Tribunal Federal quanto ao artigo 283, do Código de Processo Penal.<sup>195</sup> Esse fato ensejou, em outubro de 2016, o pleito pela sua manifestação nesse sentido nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, impetradas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional – PEN e pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal considerou que o artigo 283, do Código de Processo Penal, não obsta o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas. O julgamento quanto ao mérito ainda se encontra pendente, sendo que ao enfrentar novamente esta questão, observou-se que o

---

<sup>195</sup> Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito **ou** por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado **ou**, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (grifo nosso).

Ministro Dias Toffoli já se inclinou no sentido de revisar seu voto anterior, considerando inconstitucional a execução provisória da pena.

Em que pese teses doutrinárias e jurisprudenciais, o texto do art. 283, do Código de Processo Penal, consubstancia, em bom vernáculo, três orações coordenadas de modo alternativo. Por essa razão, não há que se vislumbrar outra hipótese que não as três previstas no texto literal, interpretadas conjuntamente a luz do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

O fato de o Supremo ter firmado uma jurisprudência em 2009, vindo a reformá-la em 2016, ou seja, apenas sete anos decorrentes, e, ademais disso, cerca de oito meses após firmar nova jurisprudência emitir novo entendimento discutindo o mesmo tema – com direito a mudança de posicionamento de um de seus Ministros – acarreta, sem dúvida, enorme insegurança jurídica. A despeito disso, logo após a consolidação da atual jurisprudência nos autos do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, foram julgados monocraticamente outros dois *Habeas Corpus* sobre a mesma temática, de nº 135.100/DF (Rel. Min. Celso de Mello, em julho de 2016) e de nº 141.342/DF (Rel. Min. Marco Aurélio, em março de 2017) em que ambos não reconheceram a nova jurisprudência sob o pretexto de que ela não se revestia de eficácia vinculante a julgamentos. O que se revela diante disso, é que, contrariamente ao ideal de prevalência da segurança jurídica do Estado de Direito, executar-se ou não antecipadamente uma pena virou um jogo de sorte a que o jurisdicionado terá de se submeter.

A alegação de que o clamor da população por uma resposta efetiva do judiciário somada a sensação de impunidade e descrença das decisões em primeira instância, e ainda, a imensa protelação de recursos pela defesa com intuito de prescrever a pretensão punitiva do Estado não podem ser utilizados como fundamentos para flexibilizar a presunção de inocência.

Primeiro porque mesmo na preponderância dos princípios constitucionais é necessário obedecer à razão e não às paixões temporárias ou aos interesses derivados das preferências pessoais de cada um dos intérpretes, uma vez que o próprio texto constitucional restringe o exercício do poder.

Segundo porque os argumentos de que a protelação de recursos pela defesa teria intuito de prescrever a pretensão punitiva do Estado parece a saída perfeita para comodidade e conveniência dos magistrados, a custo do cerceamento da liberdade de um indivíduo. Ora, não

é mito que a sistemática recursal, especialmente a penal, merece reforma. Contudo, não cabe ao Poder Judiciário remediar essa questão.

A severa crítica a quantidade de recursos impetrados pela defesa – **o que se presume natural na defesa dos direitos de um acusado** – e ainda assim, a incoerência do argumento-base utilizado pelos Ministros de que o réu poderia recorrer à via do *Habeas Corpus* leva a concluir-se: o problema é mesmo o excesso de recursos?

Não se pode deixar de considerar que o recurso é instrumento de garantias contra a arbitrariedade do Estado e o abuso judicial. Por lógica, no Estado de Direito não se pode cercear a liberdade do indivíduo sob o argumento de que seu recurso não possui efeito suspensivo.

O receio de que a imensidão de recursos protelatórios da defesa teria o intuito de prescrever a pretensão punitiva do Estado e com isso, geraria uma sensação de impunidade em geral, poderia ser facilmente resolvido por meio de uma alteração formal no Código Penal, mais precisamente no art. 117 (causas interruptivas da prescrição), ao adicionar-se um inciso cujo texto poderia ser “a interposição de recursos especial e extraordinário”. Mas, ao que parece, o caminho mais rápido e eficaz é mesmo liquidar o direito fundamental da liberdade do acusado.

A decisão do Supremo cria então contornos de uma decisão eminentemente política. Isso porque, na prática, a maioria absoluta dos acusados (principalmente os representados pelas Defensorias Públicas) dificilmente consegue ter acesso às instâncias extraordinárias. Há muito tempo que a classe preferencial do sistema penal tem sofrido a execução provisória da pena, dado a dificuldade do acesso às instâncias superiores, seja por critérios de admissibilidade dos recursos, seja por carência do próprio acesso ao sistema. A questão levantada aqui é o que muda para as Defensorias Públicas de todos os estados do país? Essa decisão tem aplicabilidade prática àqueles acusados que se socorrem das Defensorias Públicas?

É notório que a grande maioria dos recursos impetrados que conseguem dilatar no tempo a execução das sentenças condenatórias junto ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal advém da defesa de acusados quem possuem poder aquisitivo para arcar com tal prática. Ao que tudo indica, a decisão do Supremo por antecipar a execução da pena visa atingir uma classe específica de condenados. Logo, a nova jurisprudência veio a dar equidade na execução dos julgamentos prolatados em sede de segunda instância. Vale

relembrar que consta em pauta no Supremo Tribunal Federal o julgamento da Operação “Lava-Jato” (e conexas), segundo a qual, destoam os réus da clientela preferencial do sistema penal e cujo principal Relator era, à época, o Ministro Teori Zavascki, mesmo Relator do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP.

Por fim, resta saber se com essa nova jurisprudência o Supremo irá alterar toda a jurisprudência da Corte, pois uma vez compreendido que após condenação em segunda instância, inverte-se a presunção de inocência para presunção de culpabilidade, as sentenças proferidas em colegiados passarão a contar para fins de reincidência ou antecedentes? Poderão ser utilizadas na dosimetria da pena como características da conduta social e personalidade do agente? Enfim, são questionamentos que ficaram sem resposta nos autos do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, o que mais uma vez leva a crer que o discurso dessa jurisprudência não foi previamente debatido a ponto de prever a sua extensão e as suas eventuais consequências em um Estado democrático de Direito.

Todas essas são questões relevantes que certamente demandarão novos aprofundamentos que transcendem ao escopo deste trabalho.

## REFERÊNCIAS

BAUER, Martin W., GASKELL, George. *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som – um manual prático*. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 88, de 20 de dezembro de 1937*. Disponível em:  
<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-88-20-dezembro-1937-350832-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 1º abr. 2017.

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em 1 abr. 2017.

BRASIL. *Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989*. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)>. Acesso em 2 abr. 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990*. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm)>. Acesso em 1 abr. 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 3 abr. 2017.

BRASIL. *Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008*. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm)>. Acesso em 1 abr. 2017.

BRASIL. *Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010*. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm)>. Acesso em: 1 abr. 2017

BRASIL. *Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acesso em 1 abr. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 2 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 2.884*. Quinta Turma. Rel. Min. Edson Vidigal. Brasília, 23 de nov. de 1994. Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(\(%27HC%27+ou+%27HC%27\)+adj+2884\).suce.+ou+\(\(%27HC%27.clas.+ou+%27HC%27.clap.\)+e+@num=%272884%27\)>](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=((%27HC%27+ou+%27HC%27)+adj+2884).suce.+ou+((%27HC%27.clas.+ou+%27HC%27.clap.)+e+@num=%272884%27)>)>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 5.362*. Sexta Turma. Rel. Min. William Patterson. Brasília, 6 de maio de 1997. Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(\(%27HC%27+ou+%27HC%27\)+adj+5362\).suce.+ou+\(\(%27HC%27.clas.+ou+%27HC%27.clap.\)+e+@num=%275362%27\)>](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=((%27HC%27+ou+%27HC%27)+adj+5362).suce.+ou+((%27HC%27.clas.+ou+%27HC%27.clap.)+e+@num=%275362%27)>)>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus nº 6.681/MG*. Quinta Turma. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 7 de out. de 1997. Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(\(%27RHC%27+ou+%27RHC%27\)+adj+6681\).suce.+ou+\(\(%27RHC%27.clas.+ou+%27RHC%27.clap.\)+e+@num=%276681%27\)>](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=((%27RHC%27+ou+%27RHC%27)+adj+6681).suce.+ou+((%27RHC%27.clas.+ou+%27RHC%27.clap.)+e+@num=%276681%27)>)>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 25.310/RS*. Sexta Turma. Rel. Ministro Paulo Medina. Brasília, 26 de out. de 2004. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200201481360&dt\\_publicacao=01/02/2005](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200201481360&dt_publicacao=01/02/2005)>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 9*. Terceira Seção. Brasília, 6 de set. de 1990. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf)>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 267*. Brasília, 17 de ago. de 2007. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.txt](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt)>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 347*. Terceira Seção. Brasília, 23 de abr. de 2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012\\_30\\_capSumula347.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_30_capSumula347.pdf)>.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 69.039/PE*. Rel. Min. Carlos Velloso. 17 de dez. de 1991. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71418>>.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 72.102/MG*. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 14 de fev. de 1995. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73550>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 85.886/RJ*. Segunda Turma. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 6 de set. de 2005. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354366>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Relator Min. Eros Grau. Brasília, 5 de fev. de 2009. Publicado no DJe de 26/02/2010 - Ata nº 4/2010. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+84078%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a8wq84j>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. Publicado no DJe de 17 de

maio de 2016 - Ata nº 71/2016. Disponível em  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 716*. Plenário. Brasília, 24 de set. de 2003. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=716.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, 1981. Disponível em:  
<<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pacto de San José da Costa Rica*. São José da Costa Rica, 22 de nov. de 1969. Disponível em:  
<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>.

CONVENÇÃO EUROPEIA PARA A SALVAGUARDA DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS. Conselho da Europa, 1950. Disponível em:  
<<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>.

DECLARAÇÃO ISLÂMICA UNIVERSAL SOBRE DIREITOS HUMANOS. Cairo, 1990. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>>.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Organização das Nações Unidas, 1948. Disponível em:  
<<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>.

FERNANDES, Humberto. *Princípios Constitucionais do processo penal brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito Penal e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FILHO, Antônio Magalhães Gomes. *Significados da Presunção de Inocência*, in *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

FILHO, Antônio Magalhães Gomes. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Paris, 1789. Disponível em:  
<<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>>.

GIACOMOLLI, Nereu, J. Comentário ao art. 5º, LVII. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar. F; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários a constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 2006. Disponível em:  
<<http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/418/1/LASSALLE,%20F.%20O%20que%20%C3%A9%20uma%20Constituic%C3%A3o.pdf>>.

MENDES, Gilmar. *A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal in Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 2 ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. *Organização das Nações Unidas*, 1966. Disponível em: < <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>>.

SANGUINÉ, Odone. *Prisión Provisoria y Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. São Leopoldo, n. 2, p. 78, jul/dez. 2009.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. *A Cultura Inquisitória Vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro*. *Revista da EMERJ*, v. 18, n. 67. 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 32 ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. 2000. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>.